

親子関係の準拠法と抵触法理論

——親権変動の構造と国際私法・時際法・時際国際私法——

根本 洋一

目次

はじめに

第1章 親権変動の構造と国際私法

第1節 親権変動の原因

第2節 親権変動の構造と国際私法

第2章 親権変動の構造と時際法

第1節 時際法と国際私法

第2節 民法の施行（明治31（1898）年7月16日）と民法施行法

第3節 日本国憲法の施行（1947（S22）年5月3日）と民法の改正

第4節 児童虐待防止のための民法等の改正（平成24（2012）年4月1日施行）

第3章 親権変動の構造と時際国際私法

第1節 国際私法改正に基づく準拠法変更

第2節 従来の学説

第3節 従来の判例

第4節 改正法例（1990（H2）年1月1日施行）と附則2項

第5節 法適用通則法（2007（H19）年1月1日施行）と附則2条

おわりに

はじめに

国際私法上の親権の準拠法の変更問題（親権変動の準拠法の基準の問題）に関しては、従来の学説上、十分には検討されているとはいえない¹⁾。本稿は、親権変動の構造——親権変動はどの時点のどんな事実に基づいて生ずるか——を検討し、この上に立脚して、親権変動を 3 種類の抵触法（国際私法、時際法、時際国際私法）においてどのように扱うべきかを検討する²⁾。本稿でこの 3 つの抵触法を同時に扱うのは、一方では、国際私法上の準拠法の基準時を検討する場合は権利変動の時間的要素に触れざるを得ず、他方で、時際法と時際国際私法はいずれも権利変動の時間的要素と不可分の関係にあるからである。

本稿では、まず、第 1 章で、実質法上の親権変動の構造——親権変動はどの時点のどんな事実に基づいて生ずるか——を明らかにし、この上に立脚して、国際私法上の親権変動の準拠法の基準時を検討する。次に、第 2 章では親権に関する実質法が改正された場合の新法旧法の適用関係を検討する。最後に、第 3 章では、親権の準拠法を定める国際私法規定が改正された場合の新旧国際私法の適用関係を検討する³⁾。

1) 親権変動の準拠法の基準時に関するドイツと日本の学説に関しては、根本 [2020 (R2) a] 4-48 頁参照。

2) 私は、或る時点 (t_2) の親権状態を判断するために（親権に関する本問題）、それ以前の時点 (t_1) に発生した事実に基づく親権変動（前提問題）を判断する場合は、前提問題たる親権変動の原因は—— t_1 の時点の発生した事実とともに——継続的な親子関係であるから、親子関係の存続する最終時点である t_2 の時点をもって前提問題たる親権変動の原因事実完成時と考えるべきであると主張した。根本 [2020 (R2) a] 89-95 頁、根本 [2020 (R2) b] 194-195 頁。しかし、この点に関しては、前提問題たる親権変動の原因は t_2 の時点の親子関係ではなく t_1 の時点の親子関係であるとも考え、そうであれば、前提問題たる親権変動の原因事実完成時はやはり t_1 の時点である。それゆえ、上記の主張は理論的に不完全である。

3) 親子間の法律関係に関する日本の国際私法規定と、その改正の際の経過規定は次のとおりである。

第1章 親権変動の構造と国際私法

本章では、実質法上の親権変動の構造を検討し（第1節）、その検討結果の上に立脚して、親権変動の国際私法上の準拠法の基準時を検討する（第2節）。

第1節 親権変動の原因

第1款 事実

親権変動は事実（父母の協議など）に基づいて発生する。例えば、非嫡出子母子関係の成立により母の親権が発生し、その後、母の親権が存続し、その後に非嫡出子の父を親権者と定める旨の協議を父母がすれば母の親権が消滅し、父の親権が発生し、その後、父の親権が存続する（民法 818 条 1 項、819 条 4 項）。このように、親権は事実に基づいて発生して、発生した親権は存続する。この点では親権は他の権利（物権、債権）の発生・法律関係の成立（婚姻成立、親

(1) 法例（明治 31（1898）年法律 10 号、明治 31（1898）年 7 月 16 日施行）

20 条「親子間ノ法律関係ハ父ノ本国法ニ依ル若シ父アラサルトキハ母ノ本国法ニ依ル」

(2) 改正法例（平成 1（1989）年法律 27 号、平成 2（1990）年 1 月 1 日施行）

(ア) 21 条「親子間ノ法律関係ハ子ノ本国法ガ父又ハ母ノ本国法若シ父母ノ一方アラサルトキハ他ノ一方ノ本国法ト同一ナル場合ニ於テハ子ノ本国法ニ依リ其他ノ場合ニ於テハ子ノ常居所地法ニ依ル」

(イ) 附則 2 項「この法律の施行前に生じた事項については、なお従前の例による。ただし、この法律の施行の際現に継続する法律関係については、この法律の施行後の法律関係に限り、改正後の法例の規定を適用する。」

(3) 「法の適用に関する通則法」（平成 18（2006）年法律 78 号、平成 19（2007）年 1 月 1 日施行）

(ア) 32 条「親子間の法律関係は、子の本国法が父又は母の本国法（父母の一方が死亡し、又は知れない場合にあっては、他の一方の本国法）と同一である場合には子の本国法により、その他の場合には子の常居所地法による。」

(イ) 附則 2 条「改正後の法の適用に関する通則法（以下「新法」という。）の規定は、次条の規定による場合を除き、この法律の施行の日（以下「施行日」という。）前に生じた事項にも適用する。」

子関係成立）と異ならない。

親権が他の権利・法律関係と異なるのは、或る事実（父母の協議など）に基づき親権が発生するためにはその時点に親子関係が存在することが必要であること、および、ひとたび発生した親権がその存在を継続するためにも親子関係が継続して存在することが必要である（親権の発生後に親子関係が消滅すれば——養子縁組の解消など——親権は消滅する.）というところにある。ここに親権の特性がある。親権は、ある事実（父母の協議など）に基づいて発生しても、親子関係が継続して存在しなければ自己の存在を全うできない——ひとり立ちすることのできない——権利であり、この点で他の権利・法律関係と異なる。要するに、親子関係は親権の発生要件であり、かつ、親権の存続要件である。

このように、親権の発生に対して事実と親子関係は役割分担をしていると考えることができる。しかし、両者の役割分担に関しては別の見方をすることもできる。

第 2 款 親子関係

親権発生後に親子関係が解消すれば親権は消滅するから、親子関係は親権存続の要件である、といえる。しかし、親権発生後に親子関係が解消すれば親権が消滅するのは、親子関係が親権発生の要件だからだ、と説明することもできる。後者の観点に立てば、親権は親子関係から絶えず発生している——その代わり、発生した親権は存続しない——と考えることができる（以下では、前者の思想を「既発生親権存続説」といい、後者の思想を「親権常時発生説」という.）。

既発生親権存続説と親権常時発生説は単なる説明の違いであるに過ぎないかのように見える。例えば、或る時点（ t_1 ）に事実（父を親権者と定める父母の協議など）が発生すれば、その後の或る時点（ t_2 ）までに他の親権変動原因事実（父による親権辞任など）が発生しなければ、 t_2 の時点に父は親権者である。

この事例では、《父母の協議に基づいて t_1 の時点に発生した父の親権が t_2 の時点まで存続した。》という説明と、《 t_1 の時点の父母の協議と t_2 の時点に存在する親子関係に基づいて t_2 の時点に父の親権が発生した。》という説明は、説明の違いに過ぎないように見える。

しかし、両者間には、国際私法の観点からは決定的な違いがある。それは親権発生の原因事実完成時の違いである。すなわち、既発生親権存続説にあっては、親権発生の原因事実完成時とは事実（父母の協議など）の発生時（ t_1 の時点）である。では、親権常時発生説にあってはどうか。親権常時発生説によれば、或る時点（ t_1 の時点）に事実が発生した場合は、その後に親子関係が継続する限り、どの時点においても、その事実に基づいて親権が発生するから、任意の時点（これを t_2 とする）において、それ以前に発生した事実に基づく親権変動が生ずるのはその時点（ t_2 ）に親子関係が存在することに基づく。それゆえ、 t_1 の時点に発生した事実に基づき、その後の任意の時点（ t_2 ）に生ずる親権変動の原因事実完成時は——その原因たる親子関係の存在する—— t_2 の時点である。このように、既発生親権存続説と親権常時発生説の間では親権変動の原因事実完成時が異なる。

では、国際私法が親権を扱う場合、親権変動の構造——どの時点に発生するどんな事実に基づいてどの時点に親権変動が生ずるか——に関しては、既発生親権存続説と親権常時発生説のいずれを採るべきか。既発生親権存続説は、親子関係をもって、親権発生要件であり、かつ、親権存続要件であると位置付けるのに対して、親権常時発生説は親子関係を親権発生原因と位置付ける。国際私法が関心を持つのは権利の発生原因であるし⁴⁾、また、複数の原理に基づ

4) 多くの国際私法規定は原因事実完成時を準拠法の基準時とする。例えば、法適用通則法 13 条 2 項（物権変動の「原因となる事実が完成した当時」）、20 条（「不法行為の当時」）、30 条（「準正の要件である事実が完成した当時」）、31 条 1 項（「縁組の当時」）、37 条 1 項（「遺言〔……〕の成立の当時」）、同条 2 項（「遺言の取消し〔……〕の当時」）である。

く説明よりも単一の原理による説明の方が物事の本質に近づいているといえる。それゆえ、国際私法上の親権に関しては親権常時発生説を採るべきである^{5), 6), 7)}。

そこで、次に、親権常時発生説、すなわち、《親子関係から絶えず親権が発生する。発生した親権は存続しない。》という思想に立って、親権変動の準拠法の基準時を考える。

第 2 節 親権変動の構造と国際私法

第 1 款 絶えず発生する親権と国際私法

親子関係から絶えず親権が発生する、という思考に立てば、親子関係が存在する期間中の或る時点 (t_1) に事実 (父母の協議など) が発生した場合は、その後、親子関係がその存在を継続する限り、どの時点においても、その事実に基づく親権変動が生ずる。すなわち、或る事実が発生した後の任意の時点（これを t_2 とする）において、その事実と t_2 の時点における親子関係に基づいて親権変動が生ずる。従って、この親権変動の原因事実完成時は t_1 ではなく t_2 である。

親子関係成立後に発生したすべての事実について同じことが妥当する。すなわち、親子関係成立後、ある時点 (t_2) までに発生したすべての事実（親子関係の成立、父母の協議、親権辞任、親権回復など）に基づいて、 t_2 の時点に、

5) 民法学では、親子関係の成立に基づき親権が発生する、親子関係の成立に基づき父母は親権を取得する、という表現よりも、「親権者となるのは父母である」という表現が普通である。根本〔2020 (R2) b〕192 頁注 61 参照。このような表現は、親子関係から親権が絶えず発生するという思想に基づくものとも考えることもできる。

6) 国際私法学説にも、親子関係は親権の原因・要件・法律要件であるという思想が見えるが、国際私法学説上現れたこの思想が、親子関係から絶えず親権が発生する、と考えているか否かについては、根本〔2020 (R2) b〕190-192 頁参照。

7) 根本〔2020 (R2) b〕189-193 頁は、親子関係から不断に親権が発生するという思想を排斥したが、本文のように改める。

すべての親権変動が一瞬のうちに連続して生じる。なお、このことは、 t_2 の時点が事実（父母の協議、親権辞任など）の発生時点であるか否かを問わない。

このように、親子関係が継続する限り、どの瞬間においても、その瞬間までに発生した事実に基づくすべての親権変動が一瞬のうちに連続して生ずる。ところで、特定時点（ t_2 ）において、その時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動が一瞬のうちに連続して生じる原因は—— t_2 の時点までに発生したすべての事実とともに—— t_2 の時点に存在する親子関係である。従って、 t_2 の時点に生じたすべての親権変動につき、その原因事実完成時は——個々の親権変動原因事実の発生した時点ではなく—— t_2 の時点である。

さて、親子関係継続中の期間を巨視的に見れば、事実（父母の協議など）の発生に基づき親権が発生し、その親権が存続する、というように、親権変動が生じる時点（事実が発生した時点）と既発生親権が存続する期間に分けることができる。しかし、これを微視的に見れば、第1に、或る時点に事実が発生した場合は、その事実を含めて、親子関係成立後その時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動がその時点の親子関係を原因として生ずるし、第2に、或る時点に事実が発生しなかった場合は、親子関係成立後その時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動がその時点の親子関係を原因として生ずる。要するに、親子関係を微視的に見れば、親子関係が継続する期間中のどの時点においてもその時点の親子関係を原因とする親権変動が生じている。

ところで、権利変動に関しては準拠法を決めることができる。これは国際私法上の基本原則である。それゆえ、親子関係継続中の任意の時点における——微視的観点から見た——親子関係に基づく親権変動に関して準拠法を決めることができることとなる。すなわち、第1に、《この時点に発生したこの事実（父母の協議など）に基づく親権変動は如何。》というように、特定時点における親権変動に関して準拠法を決めることができるのはもちろんのこと、これだけでなく、第2に、《この時点における親権状態（親権の存否・内容・範囲）は如何。》というように、特定時点における親権状態に関してもまた準拠法を決めることが

できる。特に、後者の点は親権の大きな特色である⁸⁾。この点を次に見てみよう。

第 2 款 特定時点における親権状態と国際私法上の連結

親権にあっては、事実（父母の協議など）に基づく親権変動に関してだけでなく、任意の時点における親権状態（親権の存否・内容・範囲）に関してもまた準拠法を決める——国際私法上の連結をする——ことができる。これは、親子関係が継続する限りどの時点においても親権変動が生じていることに基づく。これに対して、権利あるいは法律関係に関しては、任意の時点における権利の存否・法律関係の存否に関して準拠法を決めることはできない。それは、特定時点における権利の存否・法律関係の存否は権利変動ではないからである。以下でこれを見てみよう。

婚姻を例にとり、裁判官の判断過程を見る。或る事実が t_1 の時点に発生し、その事実に基づいて婚姻が成立すれば、その後は——新たな事実の発生により婚姻が解消しない限り——夫婦関係はその存在を継続する。それゆえ、裁判官は、『この男女は t_2 の時点において夫婦であるか。』という問題を判断しようと考えた場合は、『この事実（= t_1 の時点に発生した事実）に基づき婚姻は成立したか。』という問題を法により判断して、『この事実の発生に基づき婚姻は成立した。』という結論を得て、次に、『 t_2 の時点に至るまで婚姻は解消されたか。』という問題を法により判断して、『 t_2 の時点に至るまで婚姻は解消されていない。』という結論を得れば、『この男女は t_2 の時点において夫婦である。』という結論を得る。

以上に述べた判断過程に現れる問題のうち、第 1 の問題（婚姻の成否）と第 2 の問題（婚姻の解消の有無）を判断するためには実質法が必要である。しか

8) 従来の学説が、特定時点における親権状態（親権の存否・内容・範囲）に関して準拠法を決めることができることを認めているか否かに関しては、根本〔2020 (R2) b〕202 頁注 75 参照。

し、第3の問題（特定時点における夫婦関係の存否）を判断するためには実質法は不要である。その理由は、特定時点における夫婦関係の存在それ自体は法律効果ではない——事実に基づいて夫婦関係が成立し（＝法律効果）、その夫婦関係が存続している状態であるに過ぎない——という点にある。特定時点における夫婦関係の存否の問題の判断には実質法を要しないから、その問題に関して準拠法を決める必要はない。解釈論としては、特定時点における夫婦関係の存否の問題は法適用通則法のどの規定（の単位法律関係）にも該当しない、と解釈することとなるが、そのような解釈の実質的根拠は、特定時点における夫婦関係の存否の問題の判断には実質法を要しない、というところにある⁹⁾、¹⁰⁾、¹¹⁾。

結局、権利変動を問う問題ではない問題の判断には実質法を要しないから国際私法上の準拠法を決めることもできない、といえよう。これは、実質法は権利変動の体系であるところ、国際私法は実質法の体系に立脚しているから、権利変動を問う問題ではない問題に関して準拠法を決める——国際私法上の連結が生ずる——ことができない、ということに根拠を求めることができる。

9) 根本〔2020（R2）b〕201頁注73は、特定時点における夫婦関係の存否の問題は実質法により解決できる法律問題である、と述べたが、そこでは、特定時点における夫婦関係の存否の問題とその前提問題（婚姻の成否、婚姻の解消の有無）を混同していたので、本文のように改める。

10) 特定時点における夫婦関係の存否に関して準拠法を決めることができないのと同じく、特定時点における嫡出親子関係・非嫡出親子関係・養親子関係の存否の判断には実質法は不要であるから、準拠法を決める必要はない。親子関係存否の確認に関する国際私法上の問題については、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕77-79頁（佐野寛）参照。

11) なお、特定時点における権利・法律関係の存否の判断に実質法を要するか否か（＝それに関して準拠法を決めることができるか否か）の問題と、特定時点における権利・法律関係の存否の確認が民事訴訟で審判の対象になるか否かの問題の間には関係はないと思われる。現在の夫婦関係・実親子関係・養親子関係の存否は確認訴訟の対象になる（人事訴訟法2条1号、2号、3号）。親権の存否を確認した判例については、根本〔2020（R2）b〕200頁注72参照。確認訴訟の対象については、新堂〔2019（H31）〕273-277頁参照。

第 3 款 親権変動の準拠法の基準時

第 1 目 親権変動の準拠法の基準時

親権に戻ろう。まず、実質法の平面では、既に述べたとおり、親子関係が継続する限り絶えず親権変動が生じている。すなわち、親子関係が継続する期間中のどの時点においても、親子関係成立からその時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動が一瞬のうちに連続して生ずる。また、実質法上、親権は発生するのみであり、発生した親権は存続しない。次に、国際私法が権利変動に関して人の要素または物の要素（国籍、常居所、目的物所在など）を準拠法決定基準（連結点）とする場合は、その原因事実完成時をもって準拠法の基準時とするのが基本原則である。以上の基本原理から親権変動の準拠法の基準時を考える。

親権に関しては巨視的観点からはふたつの問題を提起することができる。第 1 は、事実（父母の協議など）に基づく親権変動を問う問題、すなわち、《この事実（父母の協議など）に基づく親権変動は如何。》という問題であり、第 2 は、事実の発生後の或る時点における親権状態を問う問題、すなわち、《この時点における親権状態（父または母の親権の存否・内容・範囲）は如何。》という問題である。

まず、巨視的観点から提起した第 1 の問題（事実に基づく親権変動を問う問題）を考える（親権に関する本問題¹²⁾）。これを微視的観点から見れば、事実（父母の協議など）が発生した時点（ t ）には、その事実に基づく親権変動（親権に関する本問題）と、親子関係成立時から t の時点までに発生した事実——

12) 本問題と前提問題はふたつの問題の間の相対的な関係を示す。例えば、後見人選任申立事件では、裁判時の親権状態は、裁判時前に発生した事実（親の死亡など）に基づく親権変動との関係では本問題であるのに対して、後見開始との関係では前提問題である。そこで、本稿では、論理的な前後関係に立つ複数の親権問題のうち、論理的に最後に位置する問題——裁判官が最も解決したいと考えている問題——を「親権に関する本問題」という。

ただし、 t の時点に発生した事実を除く——に基づくすべての親権変動（前提問題たる親権変動）が、ともに、 t の時点の親子関係を原因として生ずる。すなわち、本問題たる親権変動に関しても前提問題たる親権変動に関しても、その原因事実完成時は t の時点である。ところで、親権は発生するのみであり存続しないから、 t の時点の前に発生した親権は t の時点には存在しない。それゆえ、本問題の解決のために考慮することのできる前提問題は t の時点に生じた親権変動に限られる。従って、 t の時点に発生した事実（父母の協議など）に基づく親権変動を親権に関する本問題として問う場合は、本問題に関しても、その前提問題たるすべての親権変動に関しても、準拠法の基準時は、原因事実完成時たる t の時点である。

次に、巨視的観点から提起した第2の問題（特定時点における親権状態を問う問題）を考える（親権に関する本問題）。これを微視的観点から見れば、事実（父母の協議など）が発生した後の時点（ t ）には、親子関係成立時から t の時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動（前提問題たる親権変動）が t の時点の親子関係を原因として生ずる。すなわち、前提問題たる親権変動の原因事実完成時は t の時点である。ところで、親権は発生するのみであり存続しないから、 t の時点の前に発生した親権は t の時点には存在しない。それゆえ、本問題の解決のために考慮することのできる前提問題は t の時点に生じた親権変動に限られる。従って、 t の時点における親権状態を親権に関する本問題として問う場合は、その前提問題たるすべての親権変動に関して、準拠法の基準時は、原因事実完成時たる t の時点である。

以上に述べたことをまとめれば、或る時点（ t ）に発生した事実に基づく親権変動を問う場合も、或る時点（ t ）における親権状態を問う場合も、親子関係成立から t の時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動について、 t の時点が原因事実完成時として準拠法の基準時になる。

第 2 目 法適用通則法 32 条¹³⁾

前目で得た結論——或る時点 (t) に発生した事実に基づく親権変動を問う場合も、或る時点 (t) における親権状態を問う場合も、親子関係成立から t の時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動について、t の時点が原因事実完成時として準拠法の基準時になる——は、法適用通則法 32 条(および、それに先行する法例旧 20 条、改正法例 21 条)の解釈から導き出すことができるか。

法例旧 20 条および改正法例 21 条は「親子間ノ法律関係ハ〔……〕ニ依る」と規定するのみであり、法適用通則法 32 条は「親子間の法律関係は〔……〕による。」と規定するのみであり、いずれも準拠法の基準時を明示しない¹⁴⁾。

13) 法例 (明治 31 (1898) 年法律 10 号) の立法理由を知るための資料である法例議事速記録と法例修正案参考書の中の法例旧 20 条に関する記載部分については、根本 [2020 (R2) a] 24-26 頁参照。

14) 法適用通則法 32 条(および、法例旧 20 条、改正法例 21 条)が準拠法の基準時を示さない最大の理由は、権利変動に関してはその原因事実完成時を準拠法の基準時とするのが国際私法の基本原則であること、そして、立法者が基本原則を成文規定で表現する必要はないと考えたこと、に求めることができる。法適用通則法 24 条 1 項 (婚姻の実質的成立要件)、同条 3 項本文 (婚姻の方式)、同法 27 条 (離婚) が準拠法の基準時を示さないのもこの理由に基づくものと思われる (法適用通則法 27 条は離婚に関しては離婚の原因・要件・法律要件の発生時を準拠法の基準時とする。これについては、根本 [2019 (R1)] 参照)。

なお、法適用通則法 32 条が準拠法の基準時を示さない理由として次のことを挙げることもできる。

第 1 に、成文国際私法が親子関係の準拠法の基準時を示すために「原因事実完成時」という言葉を使うと、「原因事実完成時」とは事実 (父母の協議など) が発生した時点を目指すのか、それとも、親子関係の存在する時点を目指すのか、という解釈上の疑義が生ずる。また、成文国際私法は事実の発生時——「子の出生の当時」(法適用通則法 28 条 1 項、29 条 1 項)、「認知の当時」(同法 29 条 2 項)、「縁組の当時」(同法 31 条 1 項)、「原因となる事実が完成した当時」(法適用通則法 13 条 2 項)、「原因となる事実が発生した当時」同法 15 条、「不法行為の当時」(同法 20 条) など——をもって準拠法の基準時とするのが普通であるから、そのような解釈上の疑義が生じた場合、原因事実完成時とい

それゆえ、前目で得られた結論は法適用通則法 32 条に反しないから、法適用通則法 32 条の解釈として採るべきである^{15), 16), 17), 18)}。

う言葉が親子関係——親子関係は法の産物であり事実ではない——を指すという解釈はかなり困難を伴う。

第 2 に、或る時点 (t) の親権状態・親権変動に関しては前提問題たる親権変動をも含めて t の時点が準拠法の基準時とする、という趣旨を簡潔な条文で表現することが難しい。

- 15) これは、権利変動に関してはその原因事実発生時をもって準拠法の基準時とすべきである、という国際私法上の基本原則を前提問題たる親権変動にも適用したものであり、前提問題たる親権変動を特別扱いする（例えば、前提問題たる親権変動は本問題たる親権変動の準拠法によるべきである、というように。）ものではない。先決問題・前提問題の準拠法に関しては、根本〔2020 (R2) a〕93 頁注 79 から注 81 までを参照。

- 16) 或る時点 (t) における親権状態・親権変動を問う場合はその前提問題たる親権変動に関しても t の時点が準拠法の基準時になることについて、従来の学説はどんな態度をとっているか。

澤木・南〔1990 (H2)〕195 頁（南敏文）は次のようにいう。

「親権は、継続する法律関係であることから、婚姻とか養子縁組等とは異なり、具体的な親権行使当時の関係者の本国法により準拠法を決定することとなる。」

また、南〔1992 (H4)〕167 頁は次のようにいう。

「親権は継続的な関係であるので、親権の行使等につき具体的な案件が生じる毎に、当該時点における父母子の本国法により準拠法を決することとなる。」

佐藤・道垣内〔2007 (H19)〕264 頁（佐藤やよひ）は次のようにいう。

「親権は継続的法律関係であるところから、婚姻や養子縁組とは異なり、具体的に親権行使が問題となる当時の関係者の本国法あるいは常居所地法により準拠法が決定されることになる。」

上記の引用文は、いずれも、親権行使等の時点における親権状態（親権の存否・内容・範囲）の前提問題たる親権変動に関して親権行使の時点が準拠法の基準時とする、という旨を明言しない。あるいは、上記の引用文がその旨を述べていると理解するとしても、上記の引用文はその理由を述べているわけではない。

- 17) 周知のように、離婚による親権変動に関しては離婚準拠法説と親子関係準拠法説の対立がある。

まず、離婚後の裁判（親権者変更申立事件など）で、離婚による親権変動（＝過去の親権変動）を前提問題として判断する場合は、本文で述べたように、他の前提問題たる親権変動（親子関係成立による親権取得など）と同じく、離婚による親権変動に関して

もまた、離婚後の裁判の時点における親子関係準拠法によるべきである。根本〔2020 (R2) b〕 204-207 頁は、離婚後の裁判（親権者指定申立事件など）で離婚による親権変動を離婚準拠法により判断する可能性を認めたが（〔A-2〕と〔B-2〕）、改める。

そうすると、離婚による親権変動を離婚時に判断する場合に離婚準拠法によるのは問題であろう。なぜなら、そのようにすると、離婚による親権変動という同一問題が、離婚時に判断される場合（この場合は離婚準拠法による）と、離婚後の裁判で過去の親権変動として判断される場合（この場合は親子関係準拠法による）で、相互に異なる準拠法に服することとなるからである。

横浜地判昭和 58 (1983) 年 1 月 26 日 (判時 1082 号 109 頁) は、韓国人妻が韓国人夫を被告として離婚と 3 人の子の親権者指定裁判を求めて訴えを提起した事案で、判旨は、「親権者の指定は離婚の効力に関する問題であるから、離婚の準拠法である韓国法によるべきところ」と判示し、韓国法が離婚後の親権者を父と法定する旨、および、そのことは法例 30 条の公序に反しない旨を判示し、親権者指定の附帯裁判をしなかった。この判例については、根本〔2020 (R2) b〕 135 頁注 3 参照。

- 18) 親権と他の権利・法律関係を比較した場合、親権にはどのような特色があるか。以下では、親子関係に基づく親権の発生と法律行為による物権・債権・婚姻・養子縁組の発生を比較する。

まず、事実（法律行為など）に基づいて権利が発生し、または、法律関係が成立するのに対して、親権の原因は——事実（父母の協議など）とともに——親子関係であり、親子関係は、それ自体、法の産物である。

次に、事実の発生は一瞬である（権利発生・法律関係成立という法律効果は一瞬の事実に基づいて生ずる。）。これに対して、親権は継続的法律関係たる親子関係から生ずる。しかし、親権にあっては、或る瞬間に存在する親子関係から親権が発生し、次の瞬間に存在する親子関係からも親権が発生し、ということを続けるのであり、それゆえ、親権は、或る瞬間に存在する原因から発生する点で、他の権利の発生・法律関係の成立と異ならない。

親権が他の権利・法律関係と異なるのは、その原因たる親子関係が消滅すれば親権は存在できないという点にある。親子関係が消滅すれば親権も消滅するのは、親子関係と親権が権利（の存在）と権利の内容の関係に立つ（権利が消滅すればその内容は存立し得ない）からだと思われる。

第4款 変更主義と不変更主義

第1目 変更主義と不変更主義

ここで、親権変動の準拠法の基準時は変更主義に立つのか、不変更主義に立つのかを検討する。

まず、或る時点 (t_2) に発生する事実に基づく親権変動を親権に関する本問題¹⁹⁾として判断する場合は、本問題たる親権変動に関しても、その前提問題たる親権変動に関しても、 t_2 の時点が準拠法の基準時になる。次に、或る時点 (t_2) における親権状態を本問題として判断する場合は、その前提問題たるすべての親権変動に関して、 t_2 の時点が準拠法の基準時になる。それゆえ、不変更主義である。

なお、裁判時における親権状態が親権に関する本問題として判断される場合、あるいは、裁判時における親権変動（親権者指定など）が親権に関する本問題として判断される場合も、親権に関する本問題に関しただけでなく、前提問題たる親権変動に関してもまた、裁判時は、そこにおける親権状態・親権変動が問われる時点としての資格で準拠法の基準時になり（それゆえ、不変更主義）、裁判時としての資格で準拠法の基準時になるのではない。

これに対して、或る時点 (t_1) に発生した事実に基づく親権変動が他の親権問題 (t_2 の時点における親権状態・親権変動) の前提問題として判断される場合は、その準拠法の基準時は本問題たる親権問題の準拠法の基準時と同じである。それゆえ、同一の親権変動であっても、どの時点の親権問題の前提問題として判断されるかにより、準拠法の基準時が異なる（すなわち、同一の親権変動であっても、 t_2 の時点の親権状態・親権変動の前提問題として判断される場合は t_2 の時点が準拠法の基準時になり、 t_3 の時点の親権状態・親権変動の前提問題として判断される場合は t_3 の時点が準拠法の基準時になる。）。

19) 本稿でいう「親権に関する本問題」の意味については、前出注12参照。

いずれにしても、親権の準拠法の基準時を変更主義・不変更主義という限られた用語で説明することにはあまり意味はない。

第 2 目 判例の概観

以下では、従来の判例で、親権に関する問題がどのような形で裁判に現れたのかを見る。なお、以下に挙げる判例は、親権に関する問題がどのような形で裁判に現れたかという観点から挙げるものであり、その多くは、前提問題たる親権変動に関して判断していない。

第 1 項 裁判時における親権変動・親権状態

裁判時における親権変動・親権状態を親権に関する本問題として判断した事案は以下のとおりである。

第 1 裁判時における親権変動

1. 親権に関する形成裁判

(1) 離婚判決に附帯する親権者指定裁判

離婚判決に附帯して親権者指定裁判をする場合²⁰⁾は、裁判による親権者指定が親権に関する本問題であり、それ以前の親権変動は前提問題であるから、例えば、親子関係成立により父母のいずれが親権者になったかは親権者指定裁判時が準拠法の基準時になる。

(2) 父母離婚後の親権に関する形成裁判

父母の離婚後に親権に関する形成裁判（親権者指定または変更申立事件、財産管理権喪失宣告申立事件など）が申し立てられた場合は、申し立てられた親権変動が親権に関する本問題であり、離婚による親権変動は前提問題であ

20) 判例については、櫻田・道垣内編〔2011（H23）〕135-137 頁（河野俊行）参照。

る²¹⁾から、離婚による親権変動に関しては申し立てられた形成裁判の時点が準拠法の基準時になる。しかし、離婚後に申し立てられた親権に関する形成裁判で離婚による親権変動を判断した判例は多くない²²⁾。

21) 井上〔2012 (H24)〕149頁は前橋家審平成21(2009)年5月13日(後出第3章第3節第2款の【判例11】)に関して次のようにいう(引用文中、Xは母、Yは父、Aは子である。).

「XおよびYは、協議離婚の際にYがAを養育する旨を合意しているが、この時点におけるAの身上監護権の帰属は、本件申立てとの関係では、いわゆる先決問題となる[……]。」

22) 離婚後に親権に関する形成裁判が申し立てられた事案にかかる判例は次のとおりである。

1. 次の判例は離婚による親権変動につき判断している。

- (1) 東京家審昭和38(1963)年1月31日(家月15巻6号94頁、協議離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件、根本〔2020 (R2) b〕138頁参照)
- (2) 仙台家審昭和57(1982)年3月16日(家月35巻8号149頁、協議離婚後に申し立てられた親権者変更申立事件、根本〔2020 (R2) b〕142頁参照)

2. 次の判例は離婚による親権変動につき判断していない。

- (1) 大阪家審昭和38(1963)年12月27日(家月16巻5号183頁、親権者に関する附帯裁判のない国内離婚判決後に監護人指定を申し立てた事案、根本〔2020 (R2) b〕149頁参照)
- (2) 山口家岩国支審昭和52(1977)年11月4日(家月30巻11号77頁、親権に関する附帯裁判のない外国離婚判決後に親権者指定を申し立てた事案、根本〔2020 (R2) b〕152頁参照)
- (3) 富山家審昭和56(1981)年2月27日(家月34巻1号80頁、父母の協議離婚後に親権者変更を申し立てた事案、根本〔2020 (R2) b〕153頁参照)
- (4) 福岡家審昭和56(1981)年7月28日(家月34巻1号84頁、父母の協議離婚後に親権者指定を申し立てた事案、根本〔2020 (R2) b〕154頁参照)
- (5) 東京家審昭和62(1987)年4月27日(家月39巻10号101頁、親権者を指定する附帯裁判のない外国離婚判決後に申し立てられた親権者指定申立事件、根本〔2020 (R2) b〕154頁参照)
- (6) 静岡家審昭和62(1987)年5月27日(家月40巻5号164頁、親権者を指定する附帯裁判のない外国離婚判決後に申し立てられた親権者指定申立事件、根本〔2020 (R2) b〕156頁参照)

（3）父による認知の後の親権に関する形成裁判

父による認知の後に親権者指定が申し立てられた場合は、申し立てられた親権者指定が親権に関する本問題であり、認知による親権変動は前提問題であるから、認知による親権変動の準拠法の基準時は親権者指定申立事件の裁判時である²³⁾。

-
- (7) 山口家下関支審昭和62（1987）年7月28日（家月40巻3号90頁、監護人を定める附帯裁判のある国内離婚判決の後に申し立てられた親権者指定申立事件、根本〔2020（R2）b〕157頁参照）
- (8) 松江家審平成1（1989）年9月13日（家月42巻1号120頁、協議離婚（届出の際に離婚後の親権者を父とする届出——準拠法上の法定事項をそのまま記載した届出——をした）の後に申し立てられた親権者変更申立事件、根本〔2020（R2）b〕159頁参照）
- (9) 東京家審平成3（1991）年12月6日（家月44巻10号47頁、離婚後に子の監護者指定を申し立てた事案、根本〔2020（R2）b〕161頁参照）
- (10) 大阪高決平成16（2004）年5月12日（家月56巻10号56頁、協議離婚後に親権者母について財産管理権喪失宣告を申し立てた事案、根本〔2020（R2）b〕161頁参照）
- (11) 東京高決平成17（2005）年11月24日（家月58巻11号40頁、協議離婚後に親権者指定を申し立てた事案、根本〔2020（R2）b〕162頁参照）
- (12) 前橋家審平成21（2009）年5月13日（家月62巻1号111頁、協議離婚——離婚届には子の親権者になるべき者は父である旨を記載した——の後に母が撫養者を父から母に変更する審判を申し立てた事案、根本〔2020（R2）b〕162頁参照）
- (13) 横浜家小田原支審平成22（2010）年1月12日（家月63巻1号140頁、親権に関する附帯裁判のない外国離婚判決後に親権者指定を申し立てた事案、根本〔2020（R2）b〕164頁参照）
- (14) 東京家審平成22（2010）年7月15日（家月63巻5号58頁、協議離婚後に親権者変更を申し立てた事案、根本〔2020（R2）b〕164頁参照）
- 23) 次の判例は、父による認知の後に親権者指定が申し立てられた事案にかかる判例であるが、いずれにおいても、認知により親子関係準拠法が変更したと見られ、また、裁判所は認知による親権変動を新準拠法により判断したと見られる。
- (1) 大阪家審昭和34（1959）年5月28日（家月11巻8号134頁、根本〔2020（R2）a〕82頁注63、根本〔2020（R2）b〕195頁注66参照）
- (2) 大阪家審昭和53（1978）年4月20日（家月32巻6号64頁、根本〔2020（R2）a〕83頁注63、根本〔2020（R2）b〕195頁注66参照）
- (3) 福井家小浜支審昭和57（1982）年4月16日（家月35巻8号146頁、根本〔2020（R2）b〕196頁注66参照）

2. 裁判時における親権変動（形成裁判によらない場合）

離婚判決で離婚による親権変動を判断して親権者指定の附帯裁判をしない場合がある²⁴⁾。この場合は、離婚による親権変動が親権に関する本問題であり、それ以前の親権変動（親子関係成立により誰が親権者になったか、など）は前提問題である。

この他、父による認知の後に母が親権辞任許可を申し立てた事案にかかる判例がある²⁵⁾。

第2 裁判時における親権状態

1. 親権の行使を内容とする裁判

裁判の目的（審判の対象）が親権の行使である場合の例として、親権に基づいて子の引渡しを求める場合がある²⁶⁾。この場合は、裁判時における親権状態（誰が親権者であるか、親権に基づき子の引渡しを請求できるか、など）が親権に関する本問題として判断される。

24) その例として、横浜地判昭和58（1983）年1月26日（判時1082号109頁、根本〔2020（R2）b〕135頁注3参照）がある。

25) 東京家審昭和50（1975）年10月2日（家月28巻10号103頁、根本〔2020（R2）a〕81頁注63、根本〔2020（R2）b〕195頁注66参照）は、日本人女と韓国人男の間に子が生まれ、父が子を認知した後に母が親権辞任許可を申し立てた事案にかかる判例である。この事案では、父による認知により親子関係準拠法が変更したと見られ、また、裁判所は認知による親権変動を新準拠法により判断したと見られる。ただ、親権辞任許可審判それ自体により親権変動が生ずるわけではない（親権辞任の効力は親権辞任許可審判により発生するのではなく、親権辞任の届出により発生する——日本法上の親権辞任に関して、於保・中川編〔2004（H16）〕229-230頁（辻朗）参照——）ので、どの時点を準拠法の基準時とすべきか問題になるが、親権辞任許可審判の効力発生の日（親権辞任届出をすることが可能であると思われ、そうすると、前提問題たる親権変動（認知による親権変動など）に関しても親権辞任許可申立事件の裁判時を準拠法の基準時とすべきであろう）。

26) この判例については、根本〔2020（R2）a〕50頁注33参照。

2. 後見人選任申立事件

(1) 父母の離婚後の後見人選任申立事件

父母の離婚後に後見人選任が申し立てられた場合は、後見人選任申立事件の裁判時における親権状態（誰が親権者であるか）が——後見人選任との関係では前提問題であるが——親権に関する本問題であるから、離婚による親権変動の準拠法の基準時は後見人選任申立事件の裁判時である²⁷⁾。

(2) 父による認知後の後見人選任申立事件

父による認知の後に後見人選任が申し立てられた場合は、後見人選任申立事件の裁判時における親権状態が親権に関する本問題であり、認知による親権変動は前提問題であるから、認知による親権変動の準拠法の基準時は後見人選任申立事件の裁判時である²⁸⁾。

(3) 父の死亡後の後見人選任申立事件

父の死亡の後に申し立てられた後見人選任が申し立てられた場合は、後見人選任申立事件の裁判時における親権状態が親権に関する本問題であり、父の死

27) 父母の離婚後に申し立てられた後見人選任申立事件に関する判例には以下のものがある。

(1) 東京家審昭和 41（1966）年 6 月 7 日（家月 19 巻 2 号 132 頁，協議離婚後に後見人選任を申し立てた事案，根本〔2020（R2）b〕150 頁参照）

(2) 東京家審昭和 41（1966）年 8 月 1 日（家月 19 巻 3 号 95 頁，協議離婚後に後見人選任を申し立てた事案，根本〔2020（R2）b〕150 頁参照）

(3) 水戸家麻生支審昭和 51（1976）年 5 月 19 日（家月 29 巻 3 号 99 頁，協議離婚後に申し立てられた後見人選任申立事件，根本〔2020（R2）b〕151 頁参照）

28) 次の判例は、父による認知の後に後見人選任が申し立てられた事案にかかる判例であるが、父による認知により親子関係準拠法が変更したと見られ、また、裁判所は認知による親権変動を新準拠法により判断したと見られる。

熊本家審昭和 52（1977）年 7 月 11 日（家月 30 巻 8 号 74 頁，根本〔2020（R2）a〕82 頁注 63，根本〔2020（R2）b〕195 頁注 66 参照）

亡による親権変動は前提問題であるから、父の死亡による親権変動の準拠法の基準時は後見人選任申立事件の裁判時である²⁹⁾。

第2項 過去における親権変動・親権状態

裁判時から見て過去における親権変動・親権状態を親権に関する本問題として判断した事案は以下のとおりである。

第1 過去の親権状態

過去の或る時点における親権状態（親権の存否・内容・範囲）を親権に関する本問題として判断した判例は少なくない³⁰⁾。

第2 過去の親権変動

過去の親権変動を親権に関する本問題として判断した判例は多くない³¹⁾。

29) 次の判例は、父の死亡の後に後見人選任が申し立てられた事案にかかる判例であるが、父の死亡により親子関係準拠法が変更したと見られ、また、裁判所は父の死亡による親権変動を新準拠法により判断したと見られる。

京都家審昭和47（1972）年7月17日（家月25巻5号66頁、根本〔2020（R2）a〕83頁注63、根本〔2020（R2）b〕195頁注66参照）

30) 過去の親権行使に関してその時点における親権者が誰だったかを判断した判例については、根本〔2020（R2）a〕49頁注33参照。

31) 次の判例は、父母の協議離婚後に子の父の国籍変更により親子関係準拠法が変更し、その後父母がした「昭和41年8月20日協議により親権者を母Bと定める」旨の届出が適法だったか否かを親権に関する本問題として判断するために離婚による親権変動を新準拠法により判断した。

東京家審昭和48（1973）年11月28日（家月27巻7号82頁、根本〔2020（R2）b〕140頁参照）

第 5 款 従来の学説の位置づけ

ここでは、従来の国際私法学説は何をもって親権変動の原因と考えていたかを検討する。検討の対象は、日本の学説史上、親権変動の準拠法の基準時に關して重要な見解を發表した 4 人（實方正雄、久保岩太郎、江川英文および山田録一）である。

第 1 目 實方正雄、久保岩太郎

第 1 項 實方正雄

實方〔1950（S25）〕325-326 頁は次のようにいう。

「準拠法たるのは父又は母の現在の本国法であつて、所謂の国際私法上の変更主義の原則に依拠して居る。此の点、婚姻の効果が身分上の効果と財産法上の効果とに分たれ、前者に就いては変更主義（法例 14 条）が、後者に就いては不変更主義（法例 15 条）が採用せられて居るのと趣を異にし、親子關係にあつては両者を分つことなく等しく変更主義が認められている。けれども、此の変更主義の採用と言うことは、親子關係が従来の準拠法上受けた具体的の変更乃至修正を無視する結果を伴うものではない。例えば、親権を喪失せる仏蘭西人たる父が後に日本国籍を取得した時は、子に対する父の地位は新本国法たる日本民法に依つて判断せらるるに至るのではあるが、此の本国法の変更によつて父が再び親権を取得すると言ふことは許されず、従来の本国法上占めて居た地位に相當する日本法上の地位を取得するに過ぎないものと解す可きである。若し、新本国法上再び親権を當然に取得するものとすれば、従来の本国法上法律關係の受けた修正は全然無意味になり終るであらう。併し、旧本国法による或る権能の喪失が新本国法上全然承認し得ない様なものであるときは、新国籍取得後は父は斯かる権能を回復するものと解す可きである。」³²⁾

32) この引用文と實方〔1937（S12）〕275-276 頁の記述の間には字句の違いがあるのみである。
實方説については、根本〔2020（R2）a〕29-30 頁参照。

第2項 久保岩太郎³³⁾

第1 久保〔1951 (S26)〕28頁は次のようにいう。

「親子間の法律関係の内容効力は上述の如く、国籍の変更後は新本国法に依るとはいえ、旧本国法の支配下において法律関係に受けた具体的構成は新本国法下においても無視されるのではない。例えば旧本国法に依り、その子に対する親権の剥奪されている仏蘭西人たる父が日本の国籍^(ママ)の取得するときは、その父の子に対する地位は爾後日本法に依つて定まるのではあるが、仏法に依つて占めていた地位に相当する日本法上の地位を取得するのであり（日民834条・835条）、親権を有する父の地位を取得するのではない。尤も相当する地位が新本国法上にない場合、例えば旧本国法に依り子に対する代理権を剥奪された父が独逸の国籍を取得した場合の如きは、ドイツ法上にはかかる代理権の剥奪された父は認められていないから、独逸の国籍の取得後は父は代理権を有することとなるものと解すべきであろう（Lewald, SS.133.134; Zitelmann, II. S.903; Frankenstein, IV. SS. 34. 35；實方教授326頁、江川教授301頁、久保・概論242頁）。」

第2 久保〔1955 (S30)〕611-612頁は次のようにいう。

「父又は母の本国法は、親子間の法律関係なる事柄が継続的法律関係であり、しかも何等特別の制限を受けていないから、理論上現在の本国法を意味する（変更主義）。従って父がある場合には父の国籍が変更したときは準拠法が変更し、又、父なく母のみある場合において母の国籍が変更したときは準拠法が変更する。この点は婚姻の身分的効力の準拠法（法例14条）と同様であり、財産的効力（夫婦財産制）の準拠法（法例15条）と異なるところである。かく親子関係の効力は、身分的効力についても財産的効力についてもこれを区別するこ

33) 久保岩太郎は親子関係の準拠法の変更に関して多数の研究を発表した。詳しくは、根本〔2020 (R2) a〕30-36頁参照。

となく、共に理論通り変更主義を採り、現在の本国法に依らしめたのは、親は故意に子の不利益を計ることなく常に子の利益を祈念するものとする信頼に基づくのである。右の如く、法例は変更主義を採るとはいえ、従前の準拠法の下において生じた法律関係の具体的事実は必ずしも無視されるのではない。例えば、その子に対する親権を喪失した外国人たる父が日本の国籍を取得した場合の如きは、その子に対する父の地位は日本法に依ることとなるのではあるが、従前の本国法上において有していた地位に相当する日本法上の地位即ち親権を有しない父の地位を取得することとなる如くである（實方 326 頁、江川 301 頁）。」

第 3 項 實方説と久保説の特色

實方説と久保説の趣旨は、父が旧準拠法により親権を喪失し、その後に準拠法が変更した場合は、新準拠法上の親権発生原因が発生するまでは、父は親権を喪失したままであるという点にある。父子関係それ自体をもって親権発生原因としない点がこの説の特色である。従って、この説は、事実（親子関係成立、父母の離婚、父母の協議、親権辞任、親権回復など）の発生に基づき親権は発生し、発生した親権は存続する、という思想に立脚しているといえよう。

第 2 目 江川英文および山田鐸一

第 1 項 江川英文³⁴⁾

江川〔1970（S45）〕286 頁はつぎのようにいう。

「父または母の本国法は、もちろん、現在の本国法である（変更主義）。現在の本国法によるべきであるから、親が従来本国法上親権を喪失していた場合に国籍を変更し、従って、親権の準拠法が変更し、新しい準拠法では親権喪失

34) 江川説については、根本〔2020（R2）a〕36-37 頁参照。

の原因のない場合には親権を回復しうる。もちろん、親権喪失の取消が裁判所の宣言によるべき場合、取消には裁判所の宣告を必要とし、当然に親権が回復するものではない。」³⁵⁾

この引用文は次に掲げる山田（鐐）〔2004（H16）〕における記述とほとんど同じであるので、この引用文の検討は山田（鐐）説を検討するところに譲る。

第2項 山田鐐—³⁶⁾

山田（鐐）〔2004（H16）〕521-522頁は次のようにいう。

「子の本国法または常居所地法とは現在の本国法または常居所地法である。したがって、親子関係の効力については、身分上のものたると財産上のものたるとを問わず、子の国籍または常居所の変更とともに準拠法が変更する。いわゆる変更主義を採るものである。しかし、親が従来の子の本国法または常居所地法上親権を有していた場合に、国籍または常居所の変更により親権の準拠法が変更し、新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が存する場合に親権が消滅することについては異論がないが、逆の場合、すなわち親が従来の子の本国法または常居所地法によれば親権を喪失しているが、新しい準拠法によれば親権喪失の原因のない場合については問題がある。かような場合には、親が再び親権を回復することは許されず、親は、従来の子の本国法または常居所地法上有していた地位に相当する新本国法または新常居所地法上の地位を認められるにすぎないとも考えられる（改正前の法例を前提として、実方・概論326頁、講座Ⅱ（久保）612頁）。子の利益保護のために変更主義にひとつの制限を認めるものではあるが、法例二一条について広く変更主義を認める以上、右の場

35) この引用文と江川〔1950（S25）〕300-301頁における記述の間には字句の違いがあるに過ぎない。

36) 山田（鐐）がその概論書で発表した親子関係の準拠法の変更に関する見解は版を重ねるに従い少しずつ変化している。詳しくは、根本〔2020（R2）a〕40-42頁参照。

合には、公序の原則の適用されない限り、新本国法または新常居所地法により親権の回復を認めるべきであろう。もっとも、親権喪失の取消が裁判所の宣告によるべき場合には、取消につき裁判所の宣告を必要とすることはいうまでもない。」

第 1 親権取得後の準拠法変更

親権取得後に準拠法変更が生じた場合について、山田（鐸）は「親が従来の子の本国法または常居所地法上親権を有していた場合に〔……〕親権の準拠法が変更し、新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が存する場合に親権が消滅する」という。

まず、この記述の「新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が存する場合」とは、(a)《新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が準拠法変更後に存する場合》という意味か、それとも、(b)《新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が準拠法変更の前後いずれかに存する場合》という意味が明らかではないが、(a)の意味に理解するのが自然であろう。

では、山田（鐸）説を (a) の《新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が準拠法変更後に存する場合》という意味に理解する場合、それは、《新しい準拠法では親権喪失の原因たる事実が準拠法変更後に発生した場合》という意味であるか否かが問題になる。しかし、山田（鐸）のいう「親権喪失の原因たる事実が存する場合」とは、父（または母）が旧準拠法により親権を取得し、新準拠法が父子関係（または母子関係）のみによっては親権を付与しない場合、という意味であろう。これは、父子関係のみ、あるいは、母子関係のみにより親権の発生・不発生が決まることを認めたに等しく、親権が事実と親子関係に基づいて発生することを看過している。例えば、【事例 1】非嫡出父母子関係の成立時の親子関係準拠法が《非嫡出子の母は親権者になる。ただし、父母の協議により父を親権者に定めることができる。》と規定し、子の出生後に父母が父を親権者と定める協議をし（これにより母は親権を喪失し、父は親権を取

得する.),その後親子関係準拠法が変更し,新準拠法も旧準拠法と同じく《非嫡出子の母は親権者になる.ただし,父母の協議により父を親権者に定めることができる.》と規定している場合,父は,山田(鐐)説によれば,準拠法変更後は親権者ではない.すなわち,父を親権者とする父母の協議を山田(鐐)説は無視する.

第2 親権喪失後の準拠法変更

親権喪失後に準拠法変更が生じた場合について山田(鐐)は,「親が従来の子の本国法または常居所地法によれば親権を喪失しているが,新しい準拠法によれば親権喪失の原因のない場合〔……〕には,新本国法または新常居所地法により親権の回復を認めるべきであろう.」という.また,先に述べたように,江川〔1970(S45)〕は「親が従来の本国法上親権を喪失していた場合に国籍を変更し,従つて,親権の準拠法が変更し,新しい準拠法では親権喪失の原因のない場合には親権を回復しうる.」という.両者はほとんど同じであるので,以下では山田(鐐)説を検討する.

まず,山田(鐐)説における「新しい準拠法によれば親権喪失の原因のない場合」という言葉が,(c)《新しい準拠法によれば準拠法変更後は親権喪失の原因のない場合》という意味か,それとも,(d)《新しい準拠法によれば準拠法変更の前後を通じて親権喪失の原因のない場合》という意味か,明らかではない.もし(d)の意味であるとすれば,準拠法変更前の父母の協議を新準拠法により判断する必要が生じ³⁷⁾,この判断の結果,有効という結論を得れば準拠法変更後も父または母は親権者ではないのに対して,無効という結論を得れば準拠法変更後は父または母の親権は復活する.しかし,山田(鐐)はこの

37) 準拠法変更前に当時の準拠法に従った法律行為による親権変動の効力を準拠法変更後の新準拠法により判断する場合の方法については,根本〔2020(R2)a〕91頁注77参照.

ような場合分けをしていないので、上記記述の意味が (d) である可能性は小さく、(c) である可能性が大きいように思われる。

山田（鐐）による上記記述が (c) の《新しい準拠法によれば準拠法変更後は親権喪失の原因のない場合》という意味であるとする、そこにいう「親権喪失の原因のない場合」とは、《親権喪失の原因たる事実が発生しない場合》を意味するのかが問題になる。しかし、山田（鐐）のいう「親権喪失の原因のない場合」とは、父（または母）が旧準拠法により親権を喪失し、新準拠法が父（または母）を親権者と定めており、かつ、準拠法変更後に新準拠法上の親権喪失原因がまだ発生していなければ、という意味であると思われる。山田（鐐）説は、このように、準拠法変更時に父（または母）の親権の回復を認めるが、これが、親子関係から絶えず親権が発生する、という思想に立脚していることは明らかである。しかし、山田（鐐）説は親権が事実と親子関係に基づいて発生することを看過している。例えば、上記の【事例 1】では、母は、山田（鐐）説によれば、準拠法変更後に親権者になる、すなわち、母の親権を喪失させる父母の協議を山田（鐐）説は無視する。

第 3 項 江川説と山田（鐐）説の特色

江川説、特に山田（鐐）説による説明は極めて難解である。しかし、以上に理解したところによれば、江川説と山田（鐐）説の特色は、父子関係・母子関係それ自体が親権の発生・不発生を決める、という思想に立っている点であろう。

第 3 目 従来の学説の位置づけ

實方正雄と久保岩太郎は事実（父母の協議、親権辞任など）に基づいて親権変動が生ずると考えた。これに対して、江川英文と山田鐐一は父子関係・母子関係が親権の発生・不発生を決める原因であると考えた。江川と山田（鐐）が親権の発生原因として事実ではなく親子関係に注目したのは学説上の発展であ

る。しかし、實方と久保だけでなく、江川と山田（鐔）もまた、親権が事実と親子関係の双方に基づいて発生することを国際私法理論に反映させているとはいえない³⁸⁾。

親権が事実と親子関係の双方に基づいて発生することを国際私法理論に反映させるにはふたつの方向がある。第1は、ある事実関係の下では親権は事実に基づいて発生するという思想に従い、別の事実関係の下では親権は親子関係に基づいて発生するという思想に従うというように、両思想を量的に統合する方向である。この方向を目指す場合は、親権変動の時期（親子関係成立時か、その後か）、親権変動の原因の種類（法律行為に基づく変動か、その他の事実——親子関係の成立、父母の婚姻・離婚、子の認知、父母の一方の死亡など——に基づく変動か）、親権の取得と喪失で異なる扱いをするか、父母双方が親権者である状況を望ましい状況とするか、といった多様な要素の組み合わせにより詳細に場合分けをすることが必要になる³⁹⁾。第2は、親権変動の原因は事実と親子関係の双方であるという思想に立って準拠法の基準時を考える方向であり、いわば、両思想を質的に統合する方向である。本稿の目指すのは後者の方向である（詳しくは前出第2節で論じた。）。

第2章 親権変動の構造と時際法

本章では、実質法が改正された場合に、親権変動に関してはどの時点の実質法を適用すべきかを検討する。

38) Lagarde は、「親責任及び子の保護措置についての管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約（1996（H8）年10月19日、ハーグ国際私法会議）」（以下、「親責任条約」という。）の報告書で、変更可能性を主張する意見と保護の継続を主張する意見に関して、「いずれの意見も問題の諸要素の全体を考慮していなかった。」という。根本〔2020（R2）a〕84頁注64参照。

39) 親責任条約16条はこの方向を進むものである。根本〔2020（R2）a〕86頁注66参照。

第 1 節 時際法と国際私法

実質法が改正された場合は、経過規定という形で新法旧法の適用関係を定める規定が置かれるのが普通であり、親権に関しても例外ではない。

実質法改正に伴う時際法問題は、日本（などの特定国）の国内法が改正された場合、改正前の旧法と改正後の新法のいずれを適用すべきかという問題である。一般的には、時際法と国際私法はともに等しく抵触法でありながら、時際法が特定国の法秩序内で時間的に前後して存するふたつの法秩序の間の選択をするのに対して、国際私法が空間的に併存する多数の法秩序の間の選択をするという両者間の違いに基づく相違点は少なくないであろう。しかし、両者間には類似点もある。時際法は、或る時点を境にしてその前後に併存するふたつの法秩序（同一国の新法と旧法）のいずれを適用すべきかを定める。これに対して、国際私法上の準拠法の基準時は、当事者の国籍・目的物所在地といった連結点——人に関する要素または物に関する要素——により準拠法を決める特定の国際私法規定の下で当事者の国籍・目的物所在地などが変更した場合に、その変更の時点を境にして併存するふたつの法秩序（旧本国法たる A 国法と新本国法たる B 国法というように互いに異なる法域に属するふたつの法秩序）のいずれを適用すべきかを定める。時際法問題と国際私法上の準拠法基準時間問題はこの点で類似する。本章で時際法問題を検討するのはこの理由に基づく。

第 2 節 民法の施行（明治 31（1898）年 7 月 16 日）と民法施行法

第 1 款 民法施行法中の親権に適用される経過規定

民法は明治 31（1898）年 7 月 16 日に施行されたが、民法施行日に施行された⁴⁰⁾民法施行法は、民法施行前の法と民法との適用関係を定める規定を詳細に置いている。民法施行法中、親権に関する規定は次のとおりである⁴¹⁾。

40) 民法施行法 11 条は「本法ハ民法施行ノ日ヨリ之ヲ施行ス」と規定する。

41) 同時代のドイツではどうか。

まず、民法施行法第1章「通則」の冒頭の規定である同法1条は次のように定める。

「第1条 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス」

次に、同法第5章「親族編ニ関スル規定」の中に次の規定がある。

ドイツ民法の施行（1900（M33）年1月1日）の際に新法旧法の適用関係を定める規定としてドイツ民法施行法153条から218条までの規定が設けられたが、それはすべて個別的な法律関係に関する経過規定であり、その中には日本の民法施行法1条のような基本原則を定める規定はない。

ドイツ民法施行法中、親子関係に関する時際法規定は同法203条の規定である。同条は次のように定める。

「203条（親と嫡出子との間の関係）親と民法典施行の前に生まれた嫡出子の間の法律関係は、民法典施行後は、その規定によりこれを定める bestimmt sich von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an nach dessen Vorschriften. これは特に子が以前に取得した財産に関して妥当する。」

この規定に関して、Soergel-Hartmann〔1984（S59）〕Art203 EGBGB Rn 2は次のようにいう。

「1900年1月1日から、以前に生まれた嫡出子に関してもまた、民法典の諸規定が妥当する。すなわち、父と母の親権に関する諸規定であり、たとえ父母の一方のみがまだ生存しているときも同様である。以前に親権が未成年者解放、独立、婚姻により喪失されている場合には、1900年1月1日の前に既に成年に達しているわけではなく、または、親権が民法典によっても喪失されていない限り、親権は回復する Sie tritt wieder ein, falls sie vorher durch Emanzipation, Selbständigmachung, Verheiratung verloren oder verwirkt war, soweit nicht schon vor dem 1. 1. 1900 die Volljährigkeit begründet oder die elterliche Gewalt auch nach BGB verwirkt ist.」

この引用文中の「親権が民法典によっても喪失されていない限り」とは、民法典施行後において親権を有するか否かの問題に関しては、民法典施行後の親権喪失を考慮するのに対して民法典施行前の親権喪失を考慮しない、という意味か、それとも、民法典施行前の親権喪失が民法典によってもまた親権喪失と認められるときには考慮する、という意味か、明らかではない。

ドイツ民法施行法203条に関しては、また、Soergel-Hartmann〔1996（H8）〕Art 203 EGBGB Rz 1-2, MünchKomm-Damrau〔1999（H11）〕Art 203 EGBGB Rn 1-3 参照。

「第 72 条 子ハ民法施行ノ日ヨリ民法ノ規定ニ従ヒテ父又ハ母ノ親権ニ服ス
第 73 条 裁判所ハ民法施行前ニ生シタル事実ニ拠リテ親権又ハ管理権ノ喪失
ヲ宣告スルコトヲ得」

親権に関しては民法施行法の 1 条と 72 条が重要である。そこで、本節では、両者の関係を検討する。

なお、民法施行前にも実質的意義の親権があったか否か問題であるが、本章の目的は新法旧法の適用関係を検討することにあるので、民法施行前にも実質的意義の親権があったという前提で検討する⁴²⁾。

第 2 款 民法施行法 1 条

民法施行法 1 条は民法の全分野（総則編，物権編，債権編，親族編および相続編）に関する経過規定であるのに対して、同法 72 条と 73 条は親権に関する経過規定であるから、前者と後者は一般法と特別法の関係に立つ。「特別法は

42) 民法施行前にも実質的意義の親権の制度が存していたと思われる。民法施行前の親権制度に関して梅〔1899 (M32)〕342-343 頁は次のようにいう。

「我邦ニ於テ従来法律上確然親権ヲ認メタルノ迹ナシ唯事実ニ於テ多少ノ二類スルモノナキニ非スト難モ戸主権熾ナリシカ為メニ十分ノ發達ヲ為スコトヲ得サリシナリ維新後ニ至リテハ漸ク戸主権ノ必要ヲ減シタルヲ以テ茲ニ親権ノ必要ヲ生シ民法施行前ニ在リテモ父ハ父トシテ子ノ代理人ト為リ子ノ財産ニ付キ全権ヲ有スルモノトセルカ如シ是即チ親権ナリト謂フモ可ナリ然リト雖モ其父ハ子ノ身上ニ付キ果シテ如何ナル権力ヲ有セシカ頗ル不明ニ属ス又其財産ニ付テモ多少ノ制限ナクハ竟ニ子ノ財産ハ寧ろ父ノ財産タルカノ觀アルヲ免レス又旧法ニ於テハ母ハ母トシテ子ノ身上及ヒ財産上ニ一定ノ権力ヲ有スルコトナキノミナラス其後見人タルコトモ一ニ親族ノ協議ニ依ルヘキモノトセリ然リト雖モ今日ノ時勢ニ及ヒテハ復父母ノ間ニ此ノ如キ大徑庭アルヘキ謂レナシ故ニ新民法ニ於テハ多少従来ノ慣例ヲ守リ父母ノ間ニ権限ノ差異ヲ設クルト雖モ而モ原則トシテハ父アラサルトキハ母親権ヲ行ヒ其親権ハ概シテ同一ナルモノトセリ又従来ハ祖父モ亦父ニ均シキ権力ヲ有スルモノトセシモ祖父ハ通例高齢ニシテ親権ヲ行フニ適セサルヲ以テ此慣例ニ仍ラス但其嬰孺トシテ孫ノ法定代理人タルニ適スル場合ニ於テハ親族会ニ於テ之ヲ後見人ニ選定スルコト多カルヘシ」

一般法を破る。」という法解釈上の原則によれば民法施行法 72 条と 73 条を検討すれば足りるように見えるが、しかし、特別法の存在意義を明らかにするためには特別法が一般法をどのように修正しているかを見ることが必要である。それゆえ、まず、民法施行法 1 条が親権に関してどのような定めをしているかを見る。

民法施行法 1 条は「民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス」と規定する。この規定は、(1) 民法施行時点を境にして時間的に併存するふたつの法秩序——民法施行前の法秩序と民法施行後の法秩序——の間で⁴³⁾、(2) 「事項」(事実) の「生シタル」時点——「事項」(事実) 発生時——の法秩序を準拠法とすべき旨を定める規定である⁴⁴⁾、⁴⁵⁾。

43) 時際法は特定の制定法の改正に際してその改正の前後のふたつの法秩序の間の選択をするのみであり、或る事項に関して法改正が 2 回以上行われた場合にそのすべての法改正を通じてどの時点の法を適用すべきかを定めるものではない。これに対して、国際私法は空間的に併存する多数の法秩序の中からどの法域の法を適用すべきかを定める。この点で時際法と国際私法は異なる。

44) 経過規定における「事項」の意味を検討する。

1. 民法改正の場合に置かれる経過規定では、改正法施行前に発生した事象に改正法を適用する旨を定める場合は、以下に示すように、改正法施行前に発生した事象を「事実」ではなく「事項」と表現するのが普通である。
 - (1) 民法附則（昭和 22（1947）年法律 222 号）4 条「新法は、別段の規定のある場合を除いては、新法施行前に生じた事項にもこれを適用する。但し、旧法及び応急措置法によつて生じた効力を妨げない。」
 - (2) 民法附則（昭和 37（1962）年法律 40 号）2 項「この法律による改正後の民法は、この法律の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、従前の民法によつて生じた効力を妨げない。」
 - (3) 民法附則（昭和 41（1966）年法律 93 号）6 項「この法律による改正後の規定は、各改正規定の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、改正前の規定により生じた効力を妨げない。」
 - (4) 民法附則（昭和 54（1979）年法律 68 号）2 条「この法律による改正後の民法第七十一条及び民法施行法第二十三条第一項の規定は、この法律の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、改正前の当該規定によつて生じた効力を妨げない。」

-
- (5) 民法附則 (昭和 62 (1987) 年法律 101 号) 2 条「改正後の民法 (以下「新法」という。) の規定は、次条の規定による場合を除き、この法律の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、改正前の民法の規定によつて生じた効力を妨げない。」
- (6) 民法附則 (平成 11 (1999) 年法律 149 号) 2 条「この法律による改正後の民法 (次条において「新法」という。) の規定は、次条第三項の規定による場合を除き、当該改正規定の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、改正前の民法 (次条において「旧法」という。) の規定によつて生じた効力を妨げない。」
- (7) 民法附則 (平成 16 (2004) 年法律 147 号) 2 条「この法律による改正後の民法 (以下「新法」という。) の規定は、次条及び附則第四条 (第三項及び第五項を除く。) の規定による場合を除き、この法律の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、この法律による改正前の民法の規定によつて生じた効力を妨げない。」
- (8) 民法附則 (平成 23 (2011) 年法律 61 号) 附則 2 条「第一条の規定による改正後の民法 (次条において「新法」という。) の規定は、この法律の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、第一条の規定による改正前の民法 (次条において「旧法」という。) の規定により生じた効力を妨げない。」
2. これに対して、改正法施行前の事実に関して旧法を適用すべき旨を定める経過規定は対象を具体的に示すことが多く、「事項」という言葉を使わないようである。例えば次のとおりである。
- (1) 民法附則 (平成 29 (2017) 年法律 44 号) 5 条「施行日前にされた法律行為については、新法第九十条の規定にかかわらず、なお従前の例による。」
- (2) 民法附則 (平成 30 (2018) 年法律 72 号) 2 条「この法律の施行の日 (以下「施行日」という。) 前に開始した相続については、この附則に特別の定めがある場合を除き、なお従前の例による。」
3. また、経過規定の中で「事実」という言葉が使われることもある。例えば次のとおりである。
- (1) 民法施行法 67 条「民法施行前ニ生シタル事実カ民法ニ依リ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ノ原因タルヘキトキハ其婚姻又ハ養子縁組ハ之ヲ取消スコトラ得但其實事カ既ニ民法ニ定メタル期間ヲ経過シタルモノナルトキハ此限ニ在ラス」
- (2) 同法 70 条 1 項「民法施行前ニ生シタル事実カ民法ニ依リ離婚又ハ離縁ノ原因タルヘキトキハ夫婦又ハ養子縁組ノ当事者ノ一方ハ離婚又ハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトラ得」
- (3) 同法 73 条「裁判所ハ民法施行前ニ生シタル事実ニ抛リテ親権又ハ管理権ノ喪失ヲ宣告スルコトラ得」
- (4) 民法附則 (昭和 22 (1947) 年法律 222 号) 11 条 1 項「新法施行前に生じた事実を原因とする離婚の請求については、なお、従前の例による。」
4. では、最初のグループにおける「事項」とは事実の意味であろうか。

民法附則（昭和 22（1947）年法律 222 号）4 条に関して、我妻・川井〔1956（S31）〕191-192 頁は次のようにいう（引用文中の下線は引用者による。）。

「本文と但書の夫々の適用の範囲が問題となるが、本文の場合は、但書の反対解釈として、旧法及び応急措置法によって、未だ効力を生じていない場合がこれに該当と言わなければならない。すなわち本文の場合は、『新法施行前に生じた事項』、つまり成立はしたが、効力発生要件を未だ完全に充足せず、従つて効力の一部ないし全部を生じていない事項がこれに該当することとなり、この事項については、その残された効力発生要件を新法によって吟味し、その予定されていた効力を発生せしむべきか否かが決せられることになる。これに対し、但書の場合は、新法施行前に成立すると共に、その時の法により、完全に効力を生じつくしてしまった事項〔……〕が、これに該当し、その効力がそのまま維持されることになるのである。かような第四条の立法趣旨は、旧法及び応急措置法によって確定的に生じてしまった事項、換言すれば法律的に処理されてしまった事項〔……〕の効力を、新法によって遡及的に失わせることは、その効力の上に築かれた法律関係を根底から覆すことになり、法的秩序の安定を害することになるので、但書によつて、『生じた効力』を動かし得ないこととするのであるが、単に成立したのみで、未だ現実に効力を生じていない事項、換言すれば法律的に処理されていない事項〔……〕は単なる効力発生への可能性の状態にすぎず、この事項には、新法を適用して予期されていた効力を変更しても、多少当事者の期待を裏切ることはあるにしても、その上に築かれた秩序を覆すことは少ないが故に、特に新憲法の精神の速やかな実現を期すため、新法を適用するというのが本文の趣旨と考えられる〔……〕。」

この説明は、附則 4 条本文が適用される場合の「新法施行前に生じた事項」と同条但書が適用される場合の「新法施行前に生じた事項」は異なる、という趣旨を説くようであるが、附則 4 条の本文と但書の関係はそうであろうか。

まず、『〔改正法施行前にした法律行為が〕旧法によれば無効であったが、旧法時代にはその無効事由が発見、主張されないまま新法の施行があり、この新法によつて判断すればもはや無効とされないという場合〔……〕は新法が適用されて、もはや無効の主張は許されなくなる〔……〕。』（後出注 56 に引用した我妻・川井〔1956〕参照）

次に、改正法施行前の法律行為に旧法上の取消原因があった場合において、改正法施行前に取り消されたときは、たとえその法律行為に新法上の無効原因も取消原因もなくとも、改正法施行後の裁判では、その法律行為は、附則 4 条但書により、取り消されたものとして扱われる（我妻・立石〔1952（S27）〕660 頁、中川編〔1955（S30）〕290 頁（谷口知平）、中川・加藤編〔2002（H14）〕541 頁（山本正憲）参照）。

前者の場合は、改正法施行前にした法律行為が 4 条本文の「新法施行前に生じた事項」に該当することはいうまでもない。後者の場合も、まず、改正法施行前の法律行為が 4 条本文の「新法施行前に生じた事項」に該当するので、同条但書にいう「旧法及び応急措置法によつて生じた効力」の有無を判断する必要が生ずる。次に、取消しの意

思表示が改正法施行前に行われた結果、取消しの効力——旧法により判断すれば生ずる取消しの効力——が改正法施行前に生じたので、改正法施行後の裁判では、その法律行為は、附則 4 条但書により、取り消されたものとして扱われる。前者の場合も後者の場合も新法旧法の適用範囲の決定基準たる「新法施行前に生じた事項」に該当するのは成立・不成立が問われている法律行為であり、後者の場合、改正前にした取消し意思表示は「新法施行前に生じた事項」には該当しない。

5. 経過規定が「事実」ではなく「事項」という言葉を使うのは「適用」の意味と関係がある。まず、具体的事実が実質規定の法律要件に該当する場合にはその規定の定める法律効果が発生するのに対して、該当しない場合にはその規定の定める法律効果は発生しない。前者の場合はその実質規定はその事実に適用されたのに対して、後者の場合はその実質規定はその事実に適用されていない。これは、適用という言葉の第 1 の意味である。

次に、《この事実に基づいて権利変動は生じたか。》という問題について実質規定を基準として判断して結論を得た場合は、その結論の内容の如何（権利変動が生じたという結論、または、権利変動が生じなかったという結論）にかかわらず、その実質規定がその問題に適用された、と表現することも少なくない。この場合の「適用」の意味は、法を法律問題の判断基準（＝準拠法）として使う、という意味である（我妻・川井 193 頁には民法附則（昭和 22（1947）年法律 222 号）4 条に関して「右の分析に従って、本件の準拠法を考察すると〔……〕。」という言葉が見える。後出注 56 参照）。これは「適用」という言葉の第 2 の意味である（例えば、裁判官が外国法の適用が国際私法上の公序に反するか否かに関して法適用通則法 42 条に基づいて判断した結果、公序に反しないという結論を得て本来の準拠法を適用した場合、同条は、第 1 の意味では適用されていないが、第 2 の意味では適用されている。この点に関しては、山内〔1990（H2）〕275-276 頁、織田〔1990（H2）〕135 頁参照）。

法改正の場合に置かれる経過規定（時際法規定）は、法律問題の判断基準として新法と旧法のいずれを使うべきかを定める。それゆえ、時際法規定では「法を事実適用する」という表現を避け、「法を事項に適用する」という表現が用いられる。

しかし、「新法施行前に生じた事項」という表現には問題がないわけではない。なぜなら、事実は裁判以前に発生するのに対して、《この事実に基づいて権利変動は生じたか。》という問題は裁判時に裁判官が提起するからである。それゆえ、「新法は、〔……〕新法施行前に生じた事項にもこれを適用する。」（民法附則（昭和 22（1947）年法律 222 号）4 条本文）という規定は、正確には、《新法は、〔……〕新法施行前に生じた事実に関する問題にもこれを適用する。》とすべきであるが、後者の表現は冗長なので前者の表現が用いられるものと考えられる。

- 45) 民法施行法 1 条は「民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ〔……〕民法ノ規定ヲ適用セス」と規定するのみであり、《〔……〕なお従前の例による。》といった表現をしないので、同

法1条が民法施行前に発生した事実に関して旧法を適用すべき旨を定める趣旨かどうか明らかではない。

法典調査会「民法施行法議事要録」〔1988（S63）〕（明治30（1897）年4月21日）4頁には次の記録がある。

「梅君説明シテ曰ク本條ノ意味ハ固ト法令中ニ入ルヘシトハ既ニ本會ニ於テ議決セル所ナリト雖モ熟ラ之ヲ考フルニ公法ニ既得權ナシト云ヘル金言アルカ如ク公法ハ遡及法ナリ故ニ不遡及ノモノハ公法中ニ入ラス刑法ハ公法ニ屬スルト雖モ之ニハ明文アリ而シテ私法ノ原則ハ民法中ニ在リ而シテ此民法ハ不遡及ナリヤ否ヤヲ定メナハ以テ足レリ然ルニ之ヲ法令ニ置クハ頗ル隱當ヲ缺クヘシ契約其他ノ法律行爲ニ付テハ理論上ハ偸措キ今日ノ實際ニ徴シ見レハ成文ノアルモノハ之ニ依リ慣習アラハ之ニ依リ慣習ナキトキハ條理ニ依ルナリ而シテ此條理ノ範圍如何ト云フニ極メテ漠然ニシテ一定ノ區域ナク頗ル不安心ナリ故ニ悉ク本條ノ如クセリ又物權ニ付テハ本條ニ反スル事項極メテ多カラント雖モコハ後日ノ説明ニ讓ルヘシト」

民法施行法1条の立法趣旨について、宮田〔1901（M34）〕2-3頁は次のようにいう。

「本条は法律は既往に遡りて効力を生ぜざる原則を規定し併せて此原則も絶対に行はるるものに非ずして例外あることを示したるものなり

旧法に於ては此原則を法例中に規定したり法例は公法私法の別を論せず総ての法律を適用する原則を定めたるものなり然るに法律は既往に遡りて効力を生ぜずとの原則は公法には適用するを得ず公法に既得權なしと云へる金言あるか如く公法は既往に遡りて効力を生ずるもの多し尤も刑法は公法に属するに拘はらず既往に遡りて効力を生ぜずと雖も刑法には特別に此規定あるを以て故らに法例に規定するの要なし是に於て新法に於ては此原則を以て私法たる民法商法のみ適用すべきものと為し本法及び商法施行法第1条に於て之を規定したり」

以上の説明によれば、旧法例（明治23（1890）年法律97号、施行されないまま、明治31（1898）年6月21日廃止）2条は「法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス」と規定して公法私法を通ずる原則として法律不遡及の原則を示したが、民法施行法1条は法律不遡及の原則を民法に関して示すことに主眼があることがわかる。宮田3-4頁は、民法施行前に時効により消滅した債権と未登記の地上権の目的物たる土地の所有権が民法施行前に譲渡された場合の地上権の対抗問題を例に挙げて、いずれも旧法により判断すべき旨を述べる。従って、民法施行法1条は、民法施行前に発生した事項には旧法を適用する、という趣旨を定めているものと解釈することができる。なお、宮田による上記説明の最後に引用されている商法施行法（明治32（1899）年法律49号、明治32（1899）年6月16日施行）1条は「商法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外旧法ノ規定ヲ適用ス」と規定し、法改正前に発生した事項に「旧法ノ規定ヲ適用ス」と定める。これは、商法施行法の施行時に商法（明治23（1890）年法律32号、明治24（1891）年1月1日施行）が既に施行されていたことによると思われる。

では、民法施行法 1 条の定める《民法施行の前後のふたつの法秩序の間に關しては、「事項」(事実) 發生時の法による.》というルールを親権變動に適用するとどうなるか。これは、「事項」の意味の問題であり、「事項」とは、事実(父母の協議、親権辞任など)⁴⁶⁾を意味すると解するか、あるいは、親子關係⁴⁷⁾を意味すると解するかの問題である。

まず、「事項」とは事実を意味する、と解釈すれば、民法施行後の或る時点における親権状態・親権變動を親権に関する本問題として問う場合において、民法施行前に発生した事実に基づく親権變動を前提問題として判断するときは、その前提問題に関しては、「事項」の発生時の国際私法として、旧法を適用する。このことが多くの困難をもたらすことは既に述べた⁴⁸⁾。

これに対して、「事項」とは親子關係を意味すると解する立場(親権常時発生説である。前出第 1 章第 2 節第 1 款参照)では、民法施行後の或る時点にお

実際のところ、民法施行法には、民法施行前に発生した事項に旧法を適用すべきことを前提とする規定がある。例えば、民法施行法 65 条は「民法施行前ニ為シタル婚姻又ハ養子縁組カ其当時ノ法律ニ依レハ無効ナルトキト雖モ民法ノ規定ニ依リ有効ナルヘキトキハ民法施行ノ日ヨリ有効トス」と規定する(この規定の意味については後出注 47 参照)。では、民法施行前にした婚姻または養子縁組がその当時の法によれば有効であり、かつ、婚姻または養子縁組の当時に民法(=新法)上の無効原因があったときはどうか。このときは、民法施行後の裁判では裁判所は、婚姻・養子縁組の成立を婚姻挙行時・養子縁組時の法により判断すべきであり、その結果、婚姻挙行時・養子縁組時から民法施行以後も夫婦関係・養親子関係が継続して存在する旨判断すべきこととなる。(宮田[1901 (M34)] 113 頁は同法 65 条に關して「其以前に屬するものは其當時の法律に依りて效力の有無を決せざるへからず」という。後出注 50 参照。)。それゆえ、同法 65 条の規定は、民法施行前にした婚姻または養子縁組の成立にはその当時の法を適用すべきことを前提として、婚姻保護・養子縁組保護のための特則を設けた規定として位置づけることができるし、また、そのような前提の根拠は民法施行法 1 条に求めるべきであろう。

46) 正確には、「事実に基づいて生ずる親権變動の問題」である。前出注 44 参照。

47) 正確には、「親子關係を原因とする親権變動の問題」である。前出注 44 参照。

48) 父母の協議離婚後に親子關係準拠法が変更し(実質法の改正の事案ではなく、当事者の国籍の変更により準拠法が変更した事案である)、その後に親権者変更を申し立てた事案にかかる東京家審昭和 38 (1963) 年 1 月 31 日(根本[2020 (R2) b] 138 頁)参照。

ける親権状態——民法施行後に親が子のために代理行為をした場合、その時点において誰が親権者であるか、などの問題——に関しては、親子関係成立時からその時点までに発生した事実（民法施行前に発生した事実を含む）に基づくすべての前提問題たる親権変動に関して民法を適用する。

民法施行法1条における新法旧法適用範囲決定基準である「民法施行前ニ生シタル事項」——あるいは、それを双方化して得られる《事項の生じた時》という時際法上の連結点——の解釈としては上記のいずれも可能であるが、注意すべき点がある。それは、多くの法律関係に関して、その成立問題——身分法の分野では、婚姻の成立、養子縁組の成立など——に関しては民法施行法1条が新法旧法の適用範囲決定の原則的規定であるところ、それらの法律関係の成立に民法施行法1条を適用する場合、同条の「事項」とは——親子関係のような法の産物ではなく——事実（法律行為など）を意味する。そうすると、民法施行法1条を親権に適用する場合も、同条の「事項」とは、親子関係ではなく、事実を意味するという解釈をすべきかという問題が生ずる。要するに、親権変動に関する新法旧法適用範囲決定の基準を民法施行法1条に求めると、解釈上の疑義を招く。

第3款 民法施行法72条

民法施行法72条は「子ハ民法施行ノ日ヨリ民法ノ規定ニ従ヒテ父又ハ母ノ親権ニ服ス」と規定する⁴⁹⁾。この規定の「民法施行ノ日ヨリ」とは、何を時

49) 民法施行法72条に関して宮田〔1901（M34）〕125頁の与える注釈の全文を次に掲げる。

「本條は民法施行前の子と雖も民法施行の日より民法の規定に従ひて父又は母の親権に服すべきことを定めたり

民法施行前に於ては親権なるものなりしを以て父又は母は後見人なる名目の下に子を保護監督したり然るに民法に於て親権の規定を爲し子の保護監督を明かにしたり依て従來親権に服することなき子も民法施行後は民法の規定に従ひて親権に服すべきものと定めたり

親権の如何なるやは親族編特に第五章に規定せり同編の講義に付て研究すへし」

間的に限定しているのかが問題になる。すなわち、「民法施行ノ日ヨリ」とは、「事項」の発生時を限定するのか、そこにおける親権状態・親権変動が問われる時点を限定するのか、判断時を限定するのか、という問題である⁵⁰⁾。

50) 民法施行法には「民法施行ノ日ヨリ」という言葉を含む規定が多数あるが、そのうち、65 条と 68 条は同法 72 条の解釈に際して参考になるので、以下で見る。

1. 民法施行法 65 条

民法施行法 65 条は「民法施行前ニ為シタル婚姻又ハ養子縁組カ其当時ノ法律ニ依レハ無効ナルトキト雖モ民法ノ規定ニ依リ有効ナルヘキトキハ民法施行ノ日ヨリ有効トス」と規定する。

まず、法典調査会「民法施行法整理会議事速記録」〔1988 (S63)〕54 頁にはこの規定の原案(第 64 条、規定の文言は成立した民法施行法 65 条と同じ。)に関する次の発言(明治 31 (1898) 年 5 月 11 日)が記録されている。

「穂積八束君 初メヨリ有効トシテハドウデゴザイマセウカ

梅謙次郎君 ソレハ法律ノ效力ヲ既往ニ遡ラセルノデアリマスカラ之ハ避ケマシタ」

次に、宮田〔1901 (M34)〕112-113 頁が民法施行法 65 条に与える注釈の全文を次に掲げる。

「本條は民法施行前に爲したる無効なる婚姻又は養子縁組の民法施行後有効なる場合を規定したるものなり

民法は婚姻又は養子縁組の無効の原因を限定せり即ち一、人違其他の事由に因り婚姻又は縁組を爲すの意思なきとき二、當事者の届出を爲さ、りしときの二場合と爲す此の以外に於ては縦令如何なる法令に違反する婚姻及び縁組も一として無効と爲るの場合なしとす如此法律の規定ある理由は蓋し婚姻は可成有效ならしめ無効又は取消の原因は力めて之を減少せんとする我立法の主義より出でたるものなり此の如く民法は右の原因なき以上は渾て有効の婚姻と爲すと雖も是れ唯民法施行以後に於てのみ然るなり其以前に属するものは其當時の法律に依りて效力の有無を決せざるへからず故に今之を純理より論すれば民法施行以前に爲したる婚姻又は縁組は其當時の法律に依りて無効なるときは同しく民法施行後と雖も尚は無効のものたらざるへからず然りと雖も舊法に於て無効と爲したるにも拘はらず新法の之を有効とせし理由は蓋し之を無効とするの必要なしと認めたるに因らすんはあらず已に然らば此新法の效力をして遡及せしめざるも少くも民法施行以後に於て之を有効のものと爲すは却て立法の精神を得たるものとす例へば華族條例第九條に依り宮内大臣の許可を受けざる養子縁組は無効なりと雖も新法に於ては此無効を認めざるか故に民法施行以後は斯の如き養子縁組も亦有效なりとするか如し是れ舊法に依りて無効なる婚姻又は養子縁組も民法の規定に依り有効なるときは民法施行の日

より有効とすと規定する所以なり」(下線は引用者による.)

婚姻・養子縁組の成立に関しては民法施行法1条により婚姻時法・養子縁組時法が適用されるが、民法施行法65条はその特則であり、後者によれば、《夫婦関係または養子縁組関係が民法施行後の時点(t)において存在するか。》を問う場合は、その前提問題たる婚姻・養子縁組の成立は——婚姻保護・養子縁組保護の方向でのみ——tの時点の法によることとなろう。この結果、民法施行前に婚姻した男女が民法施行後の裁判で、《民法施行前は夫婦ではなく民法施行後は夫婦である。》と判断されることがあり得る。結局、民法施行法65条にいう「民法施行ノ日ヨリ」とは、そこにおいて夫婦関係・養親子関係が存在するか否かが問われる時点、を意味することとなろう。

なお、ドイツ民法施行法198条は次のように定める(Soergel-Hartmann [1996 (H8)] Art198, EGBGB.).

- 「198条(1) 民法典施行前に締結された婚姻の有効性は旧法による。
- (2) 旧法によれば無効な、または、有効でない婚姻は、夫婦が民法典施行時におお夫婦として共同生活をし、無効もしくは有効でないことの基礎となる事由が、民法典によれば、無効もしくは取消可能性を導かず、または、無効または取消可能性の効力を失ったであろう場合は、初めから有効であるものと見なす。〔以下省略〕
- (3) 〔省略〕

2. 民法施行法68条

民法施行法68条は「民法施行前ニ為シタル婚姻又ハ養子縁組ト雖モ其施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル効力ヲ生ス」と規定する。同条にいう「効力」は、少なくとも、嫡出子の身分を意味するようである(以下に引用した宮田[1901 (M34)]参照.)。この規定にいう「民法〔……〕施行ノ日ヨリ」が何を意味するのかに関して解釈は分かれる。

まず、福井[1898 (M31)] 946-947頁が同条に与える解説の全文を次に掲げる。

「問 民法施行前に爲したる婚姻又は養子縁組の効力を民法施行の日より民法に定めたる効力を生ずとする理由は如何

答 婚姻又は養子縁組が民法の施行に因り其當時即ち婚姻を爲したる時に遡りて効力を生ずべきものとせず民法施行の日より其効力を生ずとするは至当なり何となれば夫より以前に遡るの必要なければなり」(下線は引用者による.)

しかし、これと異なる説がある。宮田[1901 (M34)] 116-117頁が同法68条の規定に与える注釈の全文を次に掲げる。

「本條は民法施行以前に爲したる婚姻又は養子縁組の効力を定む

民法施行前に爲したる婚姻又は養子縁組は民法施行後は如何なる状態に至るべきや本條は之に答へて曰く即ち民法施行前に爲したる婚姻又は養子縁組と雖も其施行の日より

まず、民法施行法 72 条が「民法施行ノ日ヨリ」生じた「事項」には新法（民法）を適用すべき旨を定める規定であると解することはできるか。既に見たように、同法 1 条は「民法施行前ニ生シタル事項」に旧法を適用すべき旨を定める規定である（前出第 2 参照）。そこで、同法 72 条が「民法施行ノ日ヨリ」生じた「事項」には新法（民法）を適用すべき旨を定める規定であると解すると、同法 72 条と同法 1 条は同じルールを——《民法施行の前後のふたつの法秩序間では、ある事項に関してはその事項の発生時の法による。》というルールを——規定していることになる。それゆえ、同法 72 条が「民法施行ノ日ヨリ」生じた「事項」には新法（民法）を適用すべき旨を定める規定であると解する

民法に定めたる效力を生ずと之を換言すれば民法施行期日を限界とし其施行期日よりは民法に規定したる婚姻又は養子縁組の効力を生ずと云ふに在り今養子縁組の効力に於ける養子は縁組の日より養親の嫡出子たる身分を取得すと云へる條文を本條に適用するときは民法施行期日より養子は養親の嫡出子たる身分を取得し而も嫡出子たる身分は養子縁組を爲したる日を以て其標準と爲す例へは明治 30 年 1 月 1 日養子縁組を爲したる者は民法施行期日明治 31 年 7 月 16 日より明治 30 年 1 月 1 日より養親の嫡出子たる身分を取得したるものとなるか如し」（下線は引用者による。）

民法施行前に成立し、民法施行後も存続する養子縁組に関して、民法施行後の裁判で裁判所が、民法施行前における或る時点において養子は養親の嫡出子であったかという問題を判断する場合、その前提問題たる、養子縁組により養子は嫡出子の身分を取得したかという問題は、福井説によれば旧法により判断すべきであるのに対して、宮田説によれば新法（民法）により判断すべきこととなろう。結局、民法施行法 68 条にいう「『民法〔……〕施行ノ日ヨリ』」とは、福井説によれば、そこにおいて嫡出子たる身分が存在するか否かが問われる時点、を意味するのに対して、宮田説によれば判断時を意味することとなる。

なお、ドイツ民法施行法 199 条は「夫婦の相互の身分的法律関係、特に相互の扶養義務は、民法典施行時に存する婚姻に関してもまた、民法典の規定による。」と規定し、同法 209 条は「民法典施行前に準正のあったか、または、養子となった子がいかなる範囲で嫡出子の法的地位を有するか、および、父と母が嫡出親の義務と権利をいかなる範囲で有するかは、旧法による。」と規定する（Soergel-Hartmann [1996 (H8)] Art 199, Art 209 EGBGB.）。

ことはできない⁵¹⁾。

次に、民法施行法 72 条の「民法施行ノ日ヨリ」とは法的判断時（裁判時）を指す、と解釈することはできるか。すなわち、《民法施行の日の後に親権を判断する場合は民法による。》という解釈である。この解釈によれば、民法施行前の或る時点における親権状態に関して民法施行後の裁判で判断する場合は民法によるべきこととなる。しかし、裁判時は裁判をする時点という意味しか持たず、判断対象たる法律関係とはいかなる関係もないから、裁判時の法を適用する合理的根拠に欠ける。それゆえ、民法施行法 72 条の「民法施行ノ日ヨリ」とは法的判断時（裁判時）を指すという解釈を採ることはできない⁵²⁾。

従って、民法施行法 72 条の「民法施行ノ日ヨリ」の解釈として残されたのは、その文言に素直な解釈である。同条の「子ハ民法施行ノ日ヨリ民法ノ規定ニ從ヒテ父又ハ母ノ親権ニ服ス」という規定は、その「親権ニ服ス」という言葉が示すように、民法施行後の或る時点における親権状態（親権の存否・内容・範囲）に関する規定であり、それゆえ、同条は、《民法施行後の或る時点における親権状態は民法による。》というルールである。しかし、《民法施行後の或る時点における親権状態は民法による。》というだけでは裁判の基準はまだ明確にはなっていない。なぜなら、或る時点の親権状態を判断するためにはその前提問題たる親権変動を判断する必要があるところ、上記のルールは、前提問題たる親権変動に関してはどの時点の法を適用すればよいのかを示していないからである。しかし、これについても、同条は民法施行後の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として問う場合は、本問題たる親権変動だけでなくその前提問題たる親権変動に関しても——民法施行前に発生し

51) ただし、本款で後に述べるように、民法施行法 72 条の本質は原因事実完成時法の適用を定めるところにあり、この点で同法 72 条と同法 1 条は同趣旨の規定である。

52) 民法施行法 68 条にいう「民法〔……〕施行ノ日ヨリ」を判断時の意味に解する説があることは既に述べた。前出注 50 参照。

た事実に基づく親権変動をも含めて——民法によるべき旨を定めたものと解すべきであり、その理論的根拠は親権常時発生説—— t の時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として問う場合は、本問題たる親権変動だけでなく、その前提問題たるすべての親権変動に関してもまた、原因事実完成時法として t の時点の法が準拠法になる（国際私法上の準拠法の基準時に関する前出第 1 章第 2 節第 3 款参照）——に求めるべきである。

結局、民法施行法 72 条の「子ハ民法施行ノ日ヨリ民法ノ規定ニ從ヒテ父又ハ母ノ親権ニ服ス」という規定は、親権変動に関してその原因事実完成時法を準拠法とする規定であり、この点で民法施行法 1 条と同じである。

ところで、民法施行法 1 条は「事項」の発生時法の適用を定めるところ、既に述べたように、親権に関しては、その「事項」とは、事実を意味する、という解釈と、親子関係を意味する、という解釈があり得るので、解釈上の疑義が生ずる（前出第 2 款参照）。民法施行法 72 条の規定は、同法 1 条を親権変動に適用した場合に生ずるこのような解釈上の疑義を排除するために設けられたと考えることができる。

第 3 節 日本国憲法の施行（1947（S22）年 5 月 3 日）と民法の改正

第 1 款 「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」

日本国憲法の施行に伴い、「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」（昭和 22（1947）年法律 74 号、昭和 22（1947）年 5 月 3 日施行、昭和 23（1948）年 1 月 1 日失効）が制定された。同法 6 条は親権に関して、親権は父母が共同して行うこと（1 項）、父母の離婚または父による認知の場合は父母の協議で親権者を定めるべきこと（2 項前段、協議ができないときなどは裁判所が定める。2 項後段）、および、裁判所による親権者変更制度（3 項）を定めた。しかし、新法旧法の適用関係を定める経過規定は置かれなかった。

第2款 民法の改正（昭和23（1948）年1月1日施行）と改正法附則

民法第4編と第5編は昭和22（1947）年法律222号により全面改正され、改正法は昭和23（1948）年1月1日に施行された。この改正に際しては詳細な経過規定が置かれた。

民法附則（昭和22（1947）法律222号）の中で、親権に関する規定は次のとおりである。

「第四条 新法は、別段の規定のある場合を除いては、新法施行前に生じた事項にもこれを適用する。但し、旧法及び応急措置法によつて生じた効力を妨げない。

第十四条 新法施行の際、現に、婚姻中でない父母が、共同して未成年の子に対して親権を行つている場合には、新法施行後も、引き続き共同して親権を行う。但し、父母は、協議でその一方を親権者と定めることができる。

② 前項但書の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家事審判所は、父又は母の請求によつて協議に代わる審判をすることができる。

③ 新法第八百十九条第六項の規定は、第一項但書又は前項の規定によつて親権者が定められた場合にこれを準用する。

第十五条 応急措置法施行前に、親権を行う母が、旧法第八百八十六条の規定に違反してし、又は同意を与えた行為は、これを取り消すことができない。

第十六条 第二十一条の規定は、応急措置法施行前に親権を行つていた継父、継母又は嫡母についてこれを準用する。

第十七条 新法施行前に親族会員と親権に服した子との間に財産の管理について生じた債権については、なお、旧法第八百九十四条の規定を適用する。

第十八条 新法施行前に母が旧法の規定によつて子の財産の管理を辞した場合において、新法施行の際その子のためにまだ後見が開始していないときは、その辞任は、新法施行後は、その効力を有しない。」

このうち、14条から18条までの規定は親権に関する経過規定であるが、い

ずれも、個別的な場合に関する規定であり、民法施行法（明治 31（1898）年法律 11 号）72 条のような、親権に関する一般的な経過規定ではない。そこで、親権に関する問題で民法附則 14 条から 18 条までの規定に該当しないものについては民法附則 4 条が適用される。

民法附則 4 条本文は「新法は〔……〕新法施行前に生じた事項にもこれを適用する。」と規定し、新法の遡及効を定めるから、この点で民法施行法 1 条と異なる。同条の定める新法旧法の適用範囲は次のとおりである。まず、《新法施行後に生じた事項》には新法を適用する。次に、「新法施行前に生じた事項」に基づいて「旧法及び応急措置法によつて生じた効力」があればそれによる。次に、「新法施行前に生じた事項」に基づいて「旧法及び応急措置法によつて生じた効力」がなければ新法を適用する。結局、附則 4 条においては、「事項」が改正法施行の前後いずれに発生したかが、民法施行法 1 条におけると同じく、重要な基準である。

では、附則 4 条にいう「事項」とは、親権に関しては、事実⁵³⁾を意味するのか、それとも、親子関係⁵⁴⁾を意味するのが問題になる。

まず、改正法施行後の裁判で改正法施行前の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として判断する場合は、「事項」を事実と親子関係のいずれの意味に解するかを問わず、附則 4 条本文の「新法施行前に生じた事項」に該当することは明らかである。それゆえ、この場合の問題は、その「事項」に基づいて「旧法及び応急措置法によつて生じた効力」があるか否かである。例えば、改正法施行前にした法律行為が旧法によれば取り消し得る場合において、改正法施行前にそれを取り消したときは、たとえその法律行為に新法上の無効原因も取消原因もなくとも、改正法施行後の裁判では、附則 4 条但書により、その法律行為は取り消されたものとして扱われる^{55), 56)}。

53) 正確には、「事実に基づいて生ずる親権変動の問題」である。前出注 44 参照。

54) 正確には、「親子関係を原因とする親権変動の問題」である。前出注 44 参照。

- 55) 附則 4 条は「新法施行前に生じた事項」に関して新法と旧法との捩一的連結——「新法施行前に生じた事項」に関して、旧法上の効力と新法上の効力のうち有効性の大小なるものを採る、という、国際私法学にとってなじみ深い連結——を定める規定ではない。附則 4 条但書にいう「旧法及び応急措置法によつて生じた効力を妨げない」の意味については、我妻・立石〔1952〕660-661 頁、中川編〔1955 (S30)〕290 頁（谷口知平）、中川・加藤編〔2002 (H14)〕541 頁（山本正憲）参照。

我妻・立石〔1952〕660 頁は民法附則 4 条の立法趣旨として次のようにいう。

「法律は不遡及を原則とする（民法一條参照）。従つて、附則がここに一般的遡及效の原則をとつたことは異例に属するといへばいえる。しかし、新法は、日本國憲法の根本精神を家庭生活のうえに實現しようとするのだから、法律的に處理されないでいた事項は、たとえ舊法時代に生じたものであつても、今さら舊法によつて處理すべきではなく、新法によるべしとすることは、正に當然のことだともいえるであらう。もつとも、それによつてすでに法律的に處理されてしまった事項を法律的にひつくりかえすことは、法律關係の安定を害する。従つて、その限りでは、この遡及效にも制限が加えられねばならない。それが本條但書の規定である。」

附則 4 条の立法趣旨は新思想に基づく新法を遡及的に適用することと、旧法上発生した効力を維持することの双方にある。しかし、両者が衝突した場合は同条但書により旧法が優先することは重要である。民法の改正に際しては、民法附則（昭和 22（1947）年法律 222 号）4 条と同旨の経過規定が置かれることが少なくないが——前出注 44 参照——、その大きな理由は、附則 4 条但書が旧法上生じた効力を新法施行後の裁判で維持するので附則 4 条には法的安定性を損なうところが少ないところにある。

- 56) 最（3）判昭和 27（1952）年 5 月 27 日（民集 6 卷 5 号 585 頁）は、改正法施行後の裁判で改正法施行前の或る時点における親権状態を親権に関する本問題として判断した判例である。

〔事実〕未成年者 B とその母 A はその属する家を互いに異にする。本件建物は E が所有していたが、E が 1942（S17）年に死亡したために B が E を家督相続した。しかし、建物所有権の登記名義人は E から F を経て 1947（S22）年に X（原告）が所有権移転登記を取得した。A は B の親権者として建物の一部を 1945（S20）年に C に賃貸し、建物の別の部分を 1947（S22）年に D に賃貸した。そこで、X が C と D を被告として家屋明渡を請求した。第 1 審判決（秋田地横手支判、裁判年月日不明）は請求を認容した。控訴審判決（仙台高秋田支判昭和 25（1950）年 9 月 22 日）は借家法 1 条 1 項を根拠に請求を棄却した。そこで、X が上告した。

〔判旨〕原判決破棄、差戻。

「本件賃貸借がなされた当時は、民法第四編及び第五編が改正される以前の旧民法が施行されていた時代であつたのである。そして旧民法の規定によれば、親権を行う母は、未成年の子の財産に関する法律行為につきその子を代表したのであるが、子に対し親権を行う母は「家に在る母」であることを要件とした（旧民法八八四条八七七条二項）。

ところが、本件の A は B と氏を異にするのであるから、同人の「家ニ在ル母」とは認められない。従つて旧民法によれば、A は B の親権者母として同人の法定代理人たる資格を有しなかつたものと言わなければならない。そして本件のような場合に関しては、民法附則に新旧いずれの法規を適用するかにつき明文はなく附則四条本文によつても遡つて新法を適用すべきものとは認められないので、行為時法たる旧民法の適用ある場合と解しなければならない。」

この最高裁判例に関して我妻・川井〔1956 (S31)〕は次のようにいう（引用文中の「C 女」とは未成年者を代理して賃貸借契約を締結した母である。）。

「民法附則には、本件の如き家を異にする母の旧法時代の無権代理行為の効力が、新法施行によつて如何になるかの点につき具体的に定めた条文は存しない。この意味で、判旨が明文なしと言ったのは正当である。たゞ具体的な明文を欠いでも、附則第四条は、新法施行前に生じた事項につき、新旧いずれの法によるべきかの一般原則を与えているのであるから、本件の如きもまさにこの第四条の解釈問題として、結論は自ら明白となりうる事案と言わなければならない。」(191 頁)

「問題は、旧法によれば無効、新法によれば有効という場合である。無効というのは、論理的にいえば、すでに効力を出しつくしているのであつて、もはや新たな効力発生要件を残している場合とはいえず、従つて無効も「生じた効力」として、すべて但書に入るべきかの如くに思われる。しかしこの無効については、更に二つの場合を区別して考えなければならないと息う。すなわち、第一には、旧法時代に無効の事由が主張され、すでに無効なものとして処理されてしまつた場合、第二には、旧法によれば無効であつたが、旧法時代にはその無効事由が発見、主張されないまま新法の施行があり、この新法によつて判断すればもはや無効とされないという場合である。第一の場合は但書の適用によつて新法によつても有効となりえないことは明らかである。ただし但書の論理にも適し、かつ法的安全の趣旨にも適するからである。しかし第二の場合を、右と同様に取扱つてよいかは相当疑問である。何故なら、実際には、無効というのも多くの場合、無効事由は容易に発見されず当事者間でも対第三者間でも表見的には有効として処理されて来た後、はじめて無効事由が発見され、何人かの主張をまつて無効として処理される性質のものだからである。そして近時無効と取消との差異が当該事由から論理必然的なものでなく、政策的なものにすぎないとされ〔……〕、また無効の主張を制限せんとする傾向〔……〕から考えるときには、未だ無効の主張のなかつたときは、但書によつても、無効は現実効力を確定していないといふ余地があり、かつそのように解する方が但書の立法趣旨たる法的安全の維持に、よりよく適するからである。かくしてこの場合は、新法が適用されて、もはや無効の主張は許されなくなると解するのが妥当である。

右の分析に従つて、本件の準拠法を考察すると、本件 C 女の行為は、旧法時代に生じた事項であり、旧法によれば C 女に法定代理権がなかつたのである。従つて C 女の親権者、法定代理人としての代理行為は無権代理なるが故に無効であつたのである。しかし本件の事実関係からみると、この無効事由は、旧法時代に発見されなかつたのであり、表見的には有効として処理されて来たのであるから、右に述べた理論から明らかな如く、

これに対して、改正法施行後の裁判で改正法施行後の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として判断する場合は、「事項」を事実と親子関係のいずれの意味に解するかは前提問題たる親権変動に対する法適用を左右する⁵⁷⁾。すなわち、この場合に、改正法施行前に発生した事実に基づく親権変動を前提問題として判断するとき、「事項」とは事実を意味すると解するのであればその前提問題は旧法により判断すべきこととなる（そして、「旧法及び応急措置法によつて生じた効力」があるか否かを判断することが必要になる⁵⁸⁾。）のに対して、「事項」とは親子関係を意味すると解するのであれば、その前提問題は新法により判断すべきこととなる。昭和 22（1947）年の民法改正に際しては民法施行法 72 条のような親権に関する一般的な特則は置かれなかったもので、この問題は民法附則 4 条の解釈により解決するほかはない。この点に関しては、親権常時発生説（前出第 1 章第 2 節第 1 款参照）に立ち、同条本文の「新法施行前に生じた事項」とは事実ではなく親子関係を意味するものと解したい。それゆえ、上記の場合——改正法施行後の裁判で改正法施行後の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として判断する場合——は、その前提問題たる親権変動は、たとえ改正法施行前に発生し

新法時代にこれを有効とすべきか無効とすべきかは、一つに新法が C 女に法定代理権を与えているか否かにかかることになるのである。」（193-194 頁）

本件最高裁判決に関して、谷口〔1958（S33）〕920-921 頁も新法を適用すべきであるとする。また、中川編〔1955（S30）〕288 頁（谷口知平）参照。

民法附則（昭和 22（1947）年法律 222 号）4 条が旧法下の母の代理行為にどのように適用されるかについては、中川・加藤〔2002（H14）〕541 頁（山本正憲）参照。

- 57) 改正法施行後の裁判で改正法施行後の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として判断する場合、前提問題たる親権変動（改正法施行前に発生した事実に基づく親権変動）に新法旧法のいずれを適用すべきかを検討する学説は見当たらない。
- 58) その結果、「旧法及び応急措置法によつて生じた効力」があると判断される場合は、改正法施行後は旧法により生じた親権変動を前提として親権者変更などをする必要があり、このことは種々の困難をもたらす。父母の協議離婚後に親子関係準拠法が変更し（実質法の改正の事案ではなく、当事者の国籍の変更により準拠法が変更した事案である）、その後親権者変更を申し立てた事案にかかる東京家審昭和 38（1963）年 1 月 31 日（根本〔2020（R2）b〕138 頁）参照。

た事実に基づく親権変動であっても、「事項」の発生時の法としての新法により判断すべきである。

第 4 節 児童虐待防止のための民法等の改正 (平成 24 (2012) 年 4 月 1 日施行)

児童虐待防止のための親権制度の改正は平成 24 (2012) 年 4 月 1 日に施行された。改正法の施行に伴う経過規定は次のとおりである。

〔民法の一部改正に伴う経過措置の原則〕

第二条 第一条の規定による改正後の民法 (次条において「新法」という。)の規定は、この法律の施行前に生じた事項にも適用する。ただし、第一条の規定による改正前の民法 (次条において「旧法」という。)の規定により生じた効力を妨げない。〕

この規定は、昭和 22 (1947) 年の民法の改正時の経過規定と実質的には同じであるので、この規定の検討は省略する⁵⁹⁾。

第 3 章 親権変動の構造と時際国際私法

本章では、親子関係に関する国際私法規定が改正された場合の新旧国際私法の適用関係を検討する⁶⁰⁾。

59) 平成 23 (2011) 年法律 61 号の附則 2 条については、飛澤知行『一問一答：平成 23 年民法改正——児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』(2011 (H23), 商事法務) 89 頁参照。

60) ドイツでは、1986 (S61) 年 9 月 1 日施行の改正国際私法 (民法施行法の改正) に関して、民法施行法 220 条は次のように規定する。

〔220 条 (国際私法の新規律のための 1986 年 7 月 25 日の法律のための経過規定)〕

(1) 1986 年 9 月 1 日の前に完結した事象 abgeschlossene Vorgänge には従来の国際私法が適用される bleibt anwendbar.

(2) 家族法上の法律関係の効力 Die Wirkungen familienrechtlicher Rechtsverhältnisse は第 1 項に定める日から第 1 編第 2 章 [引用者による注：「国際私法」という題名の章] の規定に服する。

(3) 「省略」

この規定に関して、Soergel-Schurig [1996 (H8)] Art 220 EGBGB は次のようにいう。

「ここにおいては、次のような思想——効力 Wirkungen は基本権から流出しつつも自らを更新し続ける独立した流出物 sich erneuernde selbständige Emanationen des Basisrechts として固有の抵触法上の意味を持ち、また、効力はその都度その時点に存する抵触法上の利益状況 die jeweils aktuell gültige kollisionsrechtliche Interessenlage に適応させられなければならないという思想——がここにおいては支配する。」(Rz31)

「第2項の枠組みにおいては、効力の発生の時点 Zeitpunkt des Entstehens der Wirkungen が決め手になるのであり、効力が判断されるべき時点 Zeitpunkt, in dem über sie zu entscheiden ist が決め手になるのではない。それゆえ、この効力が1986年9月1日の前に発生したのであれば、古い法が適用される；これはその限度で同時に第1項の意味における『完結した事象』の問題である。これは、例えば、この時点の前に履行期が到来した扶養請求権に関して、基準日の前に終了した親義務違反に関して、あるいは、以前に終了した取引の日常家事処理権に関して、妥当する。」(Rz32)。

「さらに、以前に成立した begründeten 嫡出の地位または非嫡出の地位の効果 Folgen にして基準日の後に発生した entstandenen 身分上の、財産上の、または、扶養法上のものは新国際私法により判断されるし、準正の場合と基本的には養子縁組の場合も同様である。」(Rz33)

このように、Schurig は、親子関係など身分関係の内容を「自らを更新し続ける独立した流出物」ととらえるが、しかし、国際私法改正後の時点における親権状態を判断する場合の前提問題たる親権変動——国際私法改正前に発生した事実に基づく親権変動——に関して新旧いずれの国際私法を適用すべきかは論じていない。

ドイツ民法施行法 220 条に関して、Staudinger/Dörner(2016) Art 220 EGBGB は次のようにいう。

「家族法上の法律関係から発生する継続的効力 Die sich aus einem familienrechtlichen Rechtsverhältnis ergebenden Dauerwirkungen は、新抵触法の施行までは旧国際私法により選出された事項法に服するのに対して、その後は、新国際私法により選出された事項法に服する。これは、1986年9月1日に施行された改正国際私法の家族法上の諸規定に関して(220条2項の直接的な適用により)妥当するだけでなく、1998年7月1日に新たに改正された19条から21条までと23条に関してもまた、220条2項の類推適用により、妥当する。これらの場合は、基準日 Stichtag 以後は、新連結により準拠法変更が生じ得る。[……].」(Rn 45)

「220条2項により、それゆえ、婚姻の一般的効力は、以前に締結された婚姻においてもまた、1986年9月1日以後は、[ドイツ民法施行法の]新14条に従って連結される。[……]。これに対応して、婚姻内で、ないしは、婚姻外で生まれた子と両親との間の法律関係については、基準日以後は、その都度の新抵触規定が妥当する。[……]。継続的効力と結び付けられている法律関係が基準日の前に既に終了した場合は、旧抵触法が220条1項を経由して über Art 220 Abs 1 妥当する。」(Rn 46)

ドイツ民法施行法 220 条2項の親子関係への適用に関しては、また、MünchKomm-Siehr [1999 (H11)] Art 220 EGBGB Rn 33, 34 参照。

第 1 節 国際私法改正に基づく準拠法変更

第 1 款 国際私法の改正と準拠法変更

国際私法の改正（または変更）とは、或る事項（親子間の法律関係など）に関して、或る時点を境に、その前後で、国際私法の内容が変更することをいう。この結果、或る時点を境として、どの法域の法が準拠法になるかが変更する。親子関係に関しては、親子関係に関する個別的抵触規定（法例旧 20 条、改正法例 21 条、法適用通則法 32 条）の改正にとどまらず、総則的規定（法例旧 27 条から 30 条まで、改正法例 28 条から 33 条まで、法適用通則法 38 条から 42 条まで）の改正も、親子関係に関してどの法域の法が準拠法になるかを変更する。

日本の国際私法では、法例（明治 31（1898）法 10）以来、親子関係に関する個別的抵触規定の改正の際には、単位法律関係は「親子間の（ノ）法律関係」のまま変更されず、ひとり連結点が改正されたに過ぎず、また、総則的規定の改正は連結点（親子関係に関する個別的抵触規定上の連結点）の改正と同時に行われた。

いずれにしても、以上に述べたような、親子関係に関する国際私法規定の改正の場合、新旧国際私法のいずれを適用すべきかが問題になる。本章はこの問題を検討する。

第 2 款 時際国際私法と時際法・国際私法

親子関係に関する国際私法規定が改正された場合、どの時点の国際私法を適用すべきか（準拠国際私法）が問題になる。

国際私法改正の場合の新旧国際私法の適用関係の問題（時際国際私法問題）とは、或る事項に関する国際私法規定が改正されたことに基づき、改正法施行時点を境にしてその前後に、相互に内容を異にするふたつの国際私法規定が併存する状況において、そのふたつの国際私法規定のいずれを適用すべきかという問題——新旧国際私法の適用問題——である。

しかし、この時際国際私法問題は次のように考えることもできる。すなわち、或る事項に関する国際私法規定が改正されたことに基づき、改正法施行時点を境にしてその前後に、ふたつの法域の実質法秩序——旧国際私法により選出された法域の実質法秩序と新国際私法により選出されたそれ——が併存する状況において、そのふたつの法域のどちらの実質法を準拠法とすべきかという問題である。この点で時際国際私法問題は国際私法上の準拠法基準時問題——連結点変更（連結点たる国籍・常居所・目的物所在地の変更）に起因する準拠法変更の状況においてどの時点の連結点により準拠法を決めるべきかという問題——に類似する。時際国際私法問題は国際私法の改正——法の変更——に起因する問題であるのに対して、準拠法基準時問題は連結点の変更——事実の変更——に起因する問題である点で異なるが、両者は、或る時点の前後にふたつの法域の実質法が併存する状況において、そのふたつの法域のどちらの実質法を準拠法とすべきかという問題であるという点で同じである⁶¹⁾。本稿で、親権変動に関して、国際私法上の準拠法の基準時を扱い（第1章）、それに併せて本章で国際私法改正による時際国際私法問題を扱うのは、この理由に基づく。

第2節 従来の学説

平成元（1989）年の法例改正に伴う経過規定（附則2項）の解説は多くない。

第1款 南敏文

第1目 改正法例附則2項の本文とただし書きの適用区分

南は、まず、附則2項の本文とただし書きの適用区分について次のようにいう。

61) 南〔1992（H4）〕213頁が、法例改正に伴う経過規定の解説の最初の項目である「総論」で次のようにいうのは、この点を指摘するものである。

「ところで、新法施行中に当事者の国籍の変更等連結点が変更したことにより準拠法が変更することがある。この場合については、いわゆる法律変更の問題として扱われるが、以下に述べる点は、この場合についても、ほぼ当てはまるものといえよう。」

「1 総論

〔……〕これによれば、改正前の法例（以下、経過規定に関する説明においては、「旧法」という。）と改正後の法例（同じく「新法」という。）の適用区分は、法律関係ごとに異なるが、基本的には、ある法律行為がなされた時点でその法律行為の効果が生じる法律関係（例えば、婚姻の成立）については、その法律行為がなされた時点において施行されている法例の規定を適用し、継続的な法律関係（例えば、婚姻^(ママ)の成立）については、改正法が施行される前は旧法により、改正法の施行後は新法により規律されることとなる。〔……〕。(212 頁)

第 2 目 親子間の法律関係への適用

南は、次に、附則 2 項ただし書きの親子間の法律関係への適用に関して次のようにいう。

「2 具体的適用

〔……〕

(9) 親子間の法律関係

(2) と同じである。継続的關係であり新法の施行とともに準拠法が変更する。例えば、日本国籍を有する子を有する韓国人夫と日本人妻が旧法中に離婚した場合の当該子の親権者は、父の本国法である韓国民法により父に法定されていたが、新法施行後は、子の本国法である日本民法が適用されることとなる。この場合、離婚後親権者の指定のない状態となり、父母が協議するまでの間は、共同親権となろう。なお、裁判離婚等において、裁判所が父の本国法を適用して、父母のいずれかを親権者に指定した場合は、問題である。この場合も、改正法の施行とともに準拠法が変更するが、裁判の確定力により、新たな裁判があるまでは、親権の帰属は変わらないものというべきであろう。」⁶²⁾

62) この引用文は冒頭で「(2) と同じである。」というが、そこで示されている (2) とは、南〔1992 (H4)〕における経過規定の解説中の婚姻の効力に関する項目である。そこで、その項目

この解説で南は、日本人子を有する韓国人夫と日本人妻が改正法例施行前に離婚した場合は「新法施行後は、子の本国法である日本民法が適用されることとなる。」というが、改正法例施行後の裁判で裁判所は改正法例施行前の離婚による親権変動に関してどの法域の法——改正法例施行前の準拠法である韓国法か、改正法例施行後の準拠法である日本法か——を適用すべきかを明確には述べていない。すなわち、改正法例施行前の離婚による親権変動に関して、韓国法を適用すべきであるというのか、日本法を適用すべきであるというのか、

を次に引用する。

「(2) 婚姻の効力

継続的な関係であり、新法の施行とともに準拠法が変更する（本項ただし書）。婚姻の効力に関し、旧法中に生じた具体的な法律関係は、新法施行後に裁判で問題となる場合においても、当該行為のなされた時点が基準時となる（本項本文）。当該行為の時点で有効であったものが後法により無効となったり、その逆となることはない。日常家事債務の連帯責任の問題を法例一四条の問題と考えた場合、配偶者が第三者と法律行為をした時点が基準時となり、その時の婚姻の効力の準拠法によって日常家事債務の連帯責任の問題が規律されることとなる（このことは、当該問題を夫婦財産制に関する法例一五条の問題であると考えても同様の結論となる。）。なお、成年擬制の問題については、法例三条の問題と捉えるのが通説的な考え方であるが、戸籍の先例上は、婚姻の身分的効力の問題であると考えており、それを前提として考えると、旧法施行中に婚姻した未成年配偶者が夫の本国法に基づき成年擬制されていた場合において、夫婦の共通常居所地法等が成年擬制を認めていないときは、新法施行により成年擬制が外されるかどうかは、問題である。この問題が本項本文を適用すべき法律関係であると考えるべきか、同項ただし書を適用すべき法律関係と考えるべきかいかんにより結論が異なってくるが、成年擬制は、婚姻により生じた事項として、同項ただし書に基づき「なお従前の例による」ものとするのが適当であろう（なお、成年擬制を行為能力の問題と考えた場合は、改正法施行後も当然に成年擬制がされたままである。）。」（214-215 頁）

この引用文で挙げられている例は、日常家事債務の連帯責任と婚姻による成年擬制である。このふたつの制度に関する南による説明を親権に類推するためには前者と後者の間にある類似点と相違点を明らかにする必要があるところ、本稿ではその余裕はない。そこで、本稿では、婚姻の効力に関する南の説明を親権に類推することは断念せざるを得ない。

あるいは、改正法例施行後の親権を判断する場合は改正法例施行前の離婚による親権変動を無視すべきであるというのか、明らかではない。

第2款 道垣内正人

道垣内は後述する【判例5】福岡家小倉支審平成4（1992）年5月14日の研究で次のようにいう（同〔1994（H6）〕157頁）。

「附則二項の趣旨は、既存の法律関係を覆すことなく、新法例を施行することにあるといえよう。そうすると、離婚の際に適用された準拠法によれば、夫婦のいずれか一方を親権者として指定しなかったことは、たとえ法例改正によりその問題についての準拠法が変わっても、遡って親権者指定の問題が生ずることはないというべきである。仮に本審判の右の表現が、新法例下での準拠法に照らして過去の法律関係を評価して、親権者を指定すべきなのに指定されていない「状態」にあると判断したのであれば（民法八一九条を引用している点でこのような趣旨ではないかとの推測が成り立つ）、賛成し難い。このような評価のやり直しは、既存の法律関係に基づく様々な社会関係の安定性を失わせるおそれがあるからである。

むしろ、現在の時点で母を単独親権者に指定することが求められているのであるから、そのようにできるか否かという問題を設定し、これは親子間の法律関係と性質決定されるべき問題であるから法例二一条を適用すると、日本法が準拠法となり、日本法によれば離婚した父母の一方を単独親権者として指定することは民法八一九条の趣旨から認められるべきであって、したがって、母からの申立てを認容するとの筋道で考えるべきではなかったかと思われる。つまり、この事件は、親権者指定申立事件というよりも、その実質は、親権者変更（共同親権から単独親権への変更）が求められた事件と位置づけるべきではあるまいか。

このように考えると、本審判の結論には異論はないが、その理由付けには問題があるということになる。

一般化していえば、法例改正により、ある問題について指定される準拠法が変わった場合、以前の準拠法による法律関係について新しい準拠法に基づいて評価し直すことは附則二項に違背することになるというべきである。もっとも、新しい準拠法に基づいて、既存の法律関係を将来に向かって変更することが許されるのであれば、そうすることは差し支えないと解される。」

この見解は、親権変動に関してはその原因事実（父母の協議、父母の離婚、親権辞任など）の発生時の国際私法を適用すべきである、という見解であろう。

第3款 三浦正人

三浦は後述する【判例5】福岡家小倉支審平成4（1992）年5月14日の研究で次のようにいう（同〔1995（H7）〕155頁）。

「本件の中心問題は、離婚後時日が経過し法例が改正されたあとで生じた親権者の決定の問題であるが、これをどのように考えるべきであろうか。審判が認めた申立の要旨では平成二年一月一日の改正規定施行によりこの問題の準拠法は法例二一条により日本法となり、その時点から当然離婚の際の親権者指定がなされていなければならなかったという前提で申立をなしたかの如く読める。しかし、附則二項の立場はすでに生じた法律関係には変更を加えないで新規定を施行するという趣旨であろう。したがって、親権の問題について法例改正により準拠法が変わっても、さかのぼって親権者の変更という問題は生じないと解さねばならない。ここでの問題は、現時点から母親を単独親権者に指定すると言う申立、換言すれば、共同親権より単独親権への親権者変更の申立と解すべきである。本審判が新しい準拠法によって過去の法律関係を評価し、親権者を指定すべきにもかかわらずまだ指定されていない「状態」と判断したのであれば賛同しがたい〔……〕。」

第3節 従来の判例^{63), 64)}

親子関係成立後に国際私法改正があった事案にかかる判例は以下のとおりである。

第 1 款 親子関係継続中に改正法例施行のみを経験した事案

親子関係継続中に改正法例施行のみを経験した事案にかかる判例は次のとおりである。以下に挙げた判例のうち、親子関係成立後、裁判時までの間に法例が改正されたことに言及するのは【判例 4】と【判例 5】である。

【判例 1】東京地判平成 2（1990）年 11 月 28 日（判時 1384 号 71 頁，判タ 759 号 250 頁）⁶⁵⁾

〔事実〕日本人女 A と韓国人男 B は 1979（S54）年に婚姻届をし，1981（S56）年と 1984（S59）年にそれぞれ子 C と D（ともに韓国籍）が生まれた。1989

63) 那覇家審平成 3（1991）年 4 月 1 日（家月 43 巻 10 号 44 頁）は次のような事案である。
（親子関係成立後に法例が改正され，その後父母が離婚し，その後親権者指定申立がされた事案）

〔事実〕日本人女 A と米国人男 B が 1984（S59）年に婚姻し，同年 C（米国籍）が生まれ，B の訴えに基づき 1990（H2）年に米国ミシガン州の裁判所が離婚判決をし，同判決は C については A と B の共同親権とした。1990（H2）年に A は B を相手方として A を C の親権者と定める審判を申し立てた。

〔判旨〕裁判所は親権者指定につき法例 21 条を適用し，法例 32 条により B と C の同一本国法たるミシガン州法から日本法への隠れた反致の成立を認めて日本法を準拠法として，申立を認容した。

改正法例 32 条は（それを引き継ぐ法適用通則法 41 条も）親子関係準拠法に関して反致を認めないから，隠れた反致の成立を認めた判旨は誤りというほかはない。この判例については，横山〔1992（H4）b〕，舩場〔1995（H7）〕，多喜〔1995〕参照。

64) 東京家審平成 3（1991）年 12 月 6 日（家月 44 巻 10 号 47 頁）における事案は改正法例施行の前後いずれに親子関係が成立したか明らかではない。

〔事実〕中国人女 A と中国人男 B は 1988（S63）年 2 月に婚姻し，その後，C が生まれ，1991（H3）年 4 月に離婚した。1991（H3）年に A は B を相手方として C の監護者を A と定める審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。裁判所は法例 21 条により中華人民共和国法を準拠法とした。

65) 櫻田〔1992（H4）〕，横山〔1992（H4）a〕，中西〔1995（H7）〕，神前〔1995（H7）a〕，多喜〔2004（H16）〕，多喜〔2007（H19）〕参照。

(H1) 年に A は B を被告として離婚の訴えを提起した。

〔判旨〕離婚請求を認容し、子 C と D の親権者を A と定めた。

「親権者指定については、離婚後の子の福祉を基準に判断すべきであるところ、法例二一条によれば、子の本国法（韓国法）と父である B の本国法（韓国法）と同一であるから、韓国法が適用されることとなるが、韓国民法九〇九条によれば、法律上自動的に父とされる。しかし、子の福祉を基準に考えるべき離婚後の親権者指定につき、母が指定されない旨の右規定は、わが国の公序に反し、適用されないというほかない。してみれば、本件においては、法例二一条所定の第二次的準拠法である子の常居所地法（日本法）を適用するのが相当である。」

【判例 2】東京地判平成 2（1990）年 12 月 7 日（判時 1424 号 84 頁）⁶⁶⁾

〔事実〕日本人女 A とインドネシア人男 B が 1977（S52）年に日本で婚姻届をし、1978（S53）年、1980（S55）年および 1984（S59）年にそれぞれ子 C、D および E（いずれもインドネシア国籍）が生まれた。1989（H1）年に A が B を被告として離婚と子 3 名の親権者を A と定めることを求めて訴えを提起した。

〔判旨〕離婚請求を認容し、子 3 名の親権者を A と定めた。

「離婚に伴う親権者の指定については、法例二一条により、準拠法が定められるが、本件においては、A と三人の子の本国法は同一でなく、また、インドネシアにおいては、宗教によって適用される法令が異なるところ、B と三人の子供の宗教は同一でないので、それらの間の本国法が同一であるということもできないから、結局、子の常居所である日本の法律が準拠法として適用される。」

66) 河野〔1993（H5）〕、岡本〔1995（H7）〕、伊藤〔2004（H16）〕、伊藤〔2007（H19）〕、織田〔2012（H24）〕参照。

【判例 3】 水戸家審平成 3（1991）年 3 月 4 日（家月 45 巻 12 号 57 頁）⁶⁷⁾

〔事実〕 フランス人女 A とイギリス人 B の間に 1979（S54）年に子 C（フランス国籍とイギリス国籍を有する。）が生まれ、1990（H2）年に婚姻した。A と B は離婚と離婚後の C の親権者を B とすることにつき合意が成立した。1990（H2）年に A が B を相手方として離婚と C の親権者を B と定める審判を申し立てた。

〔判旨〕 離婚申立と親権者指定申立を認容。

「C の親権者の定めについては、法例 21 条によることになるところ、右 C はイギリス及びフランスの二重国籍を有するところ、法例 28 条 1 項によれば、当事者が常居所を有するときは、その国の法律により、もしその国がないときは、当事者に最も密接な関係のある国の法律に依るべきところ、本件においては、C については常居所は少なくともフランス及びイギリスには存しないから、本件においては、法例 28 条 1 項にいう当事者に最も密接な法律によるべきところ、本件当事者間で C の養育監護は、今後父である B がこれをなすことに合意があり、かつ、C 本人においてもこれを了解して B と現在生活を共にしており、今後 B と C はいずれ英語圏のケニアに居住し、右 C に対しイギリス人としての教育を受けさせたいとの意向である。そうであるとすれば、法例 28 条 1 項にいう当事者に最も密接な法律は、本件の場合イギリス法にほかならず、しかして、法例 21 条によれば、C の父である B はイギリス国籍を有し、C の前記密接関連国と同一であるから、結局イギリス法によることとなる。」

裁判所はイギリス法が親権者指定は裁判所がすべきものとしているという理由で家事審判法 24 条により審判をした。

【判例 4】 横浜地判平成 3（1991）年 10 月 31 日（家月 44 巻 12 号 105 頁）⁶⁸⁾

67) 奥田 [1995（H7）b]、小山 [1995（H7）]、植松 [1996（H8）]、南 [2004（H16）]、南 [2007（H19）]、国友 [2012（H24）b] 参照。

〔事実〕日本人男 A は 1960 (S35) 年に米国籍を帰化により取得して日本国籍を喪失した。A と日本人女 B は 1973 (S48) 年に日本で婚姻届をした。B は 1980 (S55) 年に米国籍を帰化により取得して日本国籍を喪失した。1981 (S56) 年に子 C (米国籍) が生まれた。1990 (H2) 年に A は B を被告として離婚と C の親権者を A と定めることを求めて訴えを提起した。B は離婚と C の親権者を B と定めることを求めて反訴を提起した。

〔判旨〕本訴反訴の各離婚請求を認容し、C の親権者を B と定めた。

「一 準拠法について

1 改正法附則 2 項によれば、新法例と旧法例との適用区分は、法律関係ごとに異なることになるところ、裁判離婚については、事実審の最終口頭弁論期日が基準時点となるので、本件については、新法例（以下「法例」という。）が適用されることとなる。

〔……〕

4 親権者の指定について

親権者の指定については、子の福祉（利益保護）の観点から判断すべきもので、離婚を契機として生じる親子間の法律関係に関する問題であるから、法例 21 条によるべきものと解するのが相当である。そこで、まず、子である C の本国法について検討するに、A・B についての前記〔……〕認定の事実に加え、C は、前記〔……〕認定のとおり米国籍を取得したが、日本で出生して以来、引き続き現在まで日本に居住し、米国には約 2 か月間旅行したことがあるに過ぎない〔……〕ことに照らすと、C にとって、米国内に「最モ密接ナル関係アル地方」（法例 28 条 3 項）は存せず、法例 21 条の適用としては、「子ノ本国法ガ父又ハ母ノ本国法……ト同一ナル場合」には該当しないものと解するのが相当であり、「子ノ常居所地法ニ依ル」こととなる。

68) 佐野 [1993 (H5)], 横山 [1993 (H5)], 鳥居 [1993 (H5)], 早田 [1993 (H5)], 佐野 [1995 (H7)], 松岡 [1995 (H7)] 参照。

そうすると、[……]、C は、日本を常居所としているものと認められるから、親権者の指定についても、日本民法が適用されることになる。」

(検討)判旨は、裁判離婚(離婚を裁判によりすることができるとの点)に関して改正法例を適用すべきである、と判示して、ここから、親権者指定裁判(親権者指定を裁判によりなし得るか、などの問題)に関しても改正法例を適用すべきであるという結論を引き出ししているように読める。しかし、裁判離婚には法例附則 2 項本文が適用されるのに対して、親権者指定裁判には同項ただし書きが適用されるから、判旨の説明は不十分であろう。

【判例 5】福岡家小倉支審平成 4 (1992) 年 5 月 14 日 (家月 45 巻 9 号 54 頁)⁶⁹⁾

〔事実〕審判理由の掲げる申立の要旨は次のとおりである。

(1) 日本人妻 A と朝鮮国籍の夫 B の間には子 C (少なくとも日本国籍を有する) がいる。A と B は 1988 (S63) 年に協議離婚届を出して離婚したが、B の国籍が朝鮮であったため子 C の親権者は当時の日本の法例と朝鮮の親子法により父母の共同親権とされて、親権者の指定はなされていなかった。

(2) ところが、1990 (H2) 年 1 月 1 日に改正法例が施行されるようになり、親子関係につき新法例 21 条により C の本国法である日本法が適用されることになり、日本民法 819 条 1 項により協議離婚の際は協議によって父母の一方を親権者と定めなければならないようになっているが、その定めがなされていない状態となっている。

それで、A は C の親権者の指定をしようとしたが C の父の所在が不明であり、協議による親権者の指定が不可能であり、A が C を現実に引き取り、養育しているので、A は、C の親権者を A に指定することを求める。

〔判旨〕認容。

69) 道垣内 [1994 (H6)], 三浦 [1995 (H7)] 参照。

「一件記録によれば、上記〔……〕の(1)、(2)の事実の全てを認めることが出来、Cの福祉のためには、Cの親権者をAと定めるのが相当であるので、法例21条、民法819条1項、5項により、主文のとおり審判する。」

(検討)

この判例は、親権に関する判例の中で国際私法の改正(改正法例施行、法適用通則法施行)に言及した唯一の判例であると思われる。

判旨が、「上記〔……〕の(1)、(2)の事実の全てを認めることが出来」というのは、Aの主張する事実のみならずAの主張する法的判断をも認めたものと解される。そこで、Aが主張して裁判所も認めた「1990(H2)年1月1日に改正法例が施行されるようになり、親子関係につき新法例21条によりCの本国法である日本法が適用されることになり、日本民法819条1項により協議離婚の際は協議によって父母の一方を親権者と定めなければならないようになっていないが、その定めがなされていない状態となっている。」という記述の意味が問題となる。この記述の前半である「日本民法819条1項により協議離婚の際は協議によって父母の一方を親権者と定めなければならないようになっていない」は日本民法の内容を述べたに過ぎない。その記述の後半は「協議によって父母の一方を親権者と定め〔ること、すなわち〕その定めがなされていない状態となっている。」と述べるが、その状態が離婚の時点に発生したのかが問題になる⁷⁰⁾。

【判例6】神戸家伊丹支審平成5(1993)年5月10日(家月46巻6号72頁)⁷¹⁾

〔事実〕日本人女Aと日本人男Bは1977(S52)年に婚姻届をし、1978(S53)年と1980(S55)にそれぞれ子CとD(いずれも日本国籍を有する。)が生まれた。家族は、Bの勤務のために、1983(S58)年までに全員渡米した。1992

70) 後出注86参照。

71) 神前〔1995(H7) b〕, 奥田〔1995(H7) a〕, 横溝〔1996(H8)〕参照。

（H4）に A は米国イリノイ州裁判所に離婚訴訟を提起したが、現在、係属中である。同年、A は B を相手方として C と D の監護者を A と指定する旨を審判を申し立てた。

〔判旨〕 認容。

「監護者の指定は、親子関係の法律関係なので、その準拠法は、法例 21 条により子の本国法である我が国の民法が適用される。」

【判例 7】 神戸地判平成 6（1994）年 2 月 22 日（家月 47 巻 4 号 60 頁）⁷²⁾

〔事実〕 中国人女 A と日本人男 B は 1986（S61）年に中国で同国法上の方式で婚姻した。1988（S63）年に子 C（日本国籍）が生まれた。1992（H4）年に A が B を被告として離婚と C の親権者を A と定めることなどを求めて訴えを提起した。

〔判旨〕 離婚請求を認容し、C の親権者を A と定めた。

「父母離婚の場合における未成年の子に対する親権者指定の準拠法については、子の福祉を重視して判断すべきであるから、離婚の効力とは別に、親子間の法律関係の問題として、同法二一条によるのが相当と解する。

しかして、B と C が日本国籍を有することは前記のとおりである。

したがって、本件親権者の指定に関しては、法例二一条に則り、子 C の本国法であるわが国民法が準拠法になる。」

【判例 8】 東京地判平成 7（1995）年 12 月 26 日（判タ 922 号 276 頁）

〔事実〕 日本人男 A とイタリア人女 B が 1983（S58）年に婚姻届をした。1985（S60）年に双子の子 C と D（いずれも日本とイタリアの国籍を有する）が生まれた。1994（H6）年に A は B を被告として離婚と C と D の親権者を

72) 国友〔1996（H8）〕、笠原〔2004（H16）〕、笠原〔2007（H19）〕参照

Aと定めることなどを求めて訴えを提起した。1995（H7）年にBはAを被告として離婚とCとDの親権者をBと定めることなどを求めて反訴を提起した。

〔判旨〕本訴反訴の離婚請求をいずれも認容し、CとDの親権者をBと定めた。

「親権者の指定については、本件子らの国籍が日本及びイタリアであって、父の本国法（日本法）と同一であるため、日本法によることができる（法例21条）。」

【判例9】金沢家小松支審平成8（1996）年3月11日（家月48巻8号102頁）⁷³⁾

〔事実〕韓国人女Aと日本人男Bの間に1989（H1）年に子C（韓国籍）が生まれた。CがBの子であることを認知する裁判が1991（H3）年に確定した。1996（H8）年にAがBを相手方としてCの親権者をAと定める審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「本件は、韓国人であるAが日本人であるBに対し、韓国人であるCの親権者指定の審判を求めているところ〔……〕その準拠法は法例21条により子の本国法である大韓民国法によるべきものである。」

（検討）本件では、改正法例施行前は改正前法例20条により母の本国法たる韓国法が準拠法であり、改正法例施行後、本件審判までは、改正法例21条により母子の同一本国法たる韓国法が準拠法である。なお、改正法例施行後に認知により父子関係が成立したが、母と子が韓国人であり、父が日本人であるので、改正法例21条の下では本件においては認知による父子関係の成立は準拠

73) 佐藤〔1997（H9）〕参照。

法の変更をもたらさないと考えられる。

【判例 10】神戸地判平成 9（1997）年 1 月 29 日（判時 1638 号 122 頁）⁷⁴⁾

〔事実〕日本人女 A と B 男（A と婚姻した時点では英国国籍とカナダ国籍を有する。）の婚姻届書が 1974（S49）年に英国駐在日本領事館に提出され、受け付けられ、同領事館から 1975（S50）年に A の本籍地の広島市長に送付された。同市長は、この婚姻届書による婚姻届を受理した。1978（S53）年と 1985（S60）年にそれぞれ子 C と D（判旨は C と D の国籍を認定していない。）が生まれた。1994（H6）年に A は B を被告として離婚と C と D の親権者を A と定めることなどを求めて訴えを提起した。

〔判旨〕離婚請求を認容し、C と D の親権者を A と定めた。

裁判所は「離婚に伴う親権者の指定については、法例 21 条によりわが国の法律（民法）に従うべきところ」と判示した。

第 2 款 親子関係継続中に法適用通則法施行のみを経験した事案

親子関係継続中に法適用通則法施行のみを経験した事案にかかる判例は次のとおりである。以下に挙げた判例の中には、親子関係成立後から裁判時まで法適用通則法が施行されたことに言及する判例はない。

【判例 11】前橋家審平成 21（2009）年 5 月 13 日（家月 62 巻 1 号 111 頁）⁷⁵⁾

〔事実〕中国人女 A と中国人男 B は 1999（H11）年に婚姻し、2002（H14）年に子 C（中国国籍）が生まれた。2007（H19）年に A と B は協議離婚をした。2008（H20）年に A は B を相手方として C の親権者を B から A に変更する審判を申し立てたが、2009（H21）年の審判期日において A は、本件申立は中国

74) 織田〔1999（H11）〕、奥田〔2004（H16）〕、奥田〔2007（H19）〕、奥田〔2012（H24）〕参照。

75) 黄〔2010（H22）〕、長田〔2012（H24）〕、佐藤〔2011（H23）〕、井上〔2012（H24）〕参照。

婚姻法 36 条にいう「撫養」をする者を B から A に変更することを求める趣旨である旨を述べた。

〔判旨〕C の撫養者を B から A に変更した。

「親権者の指定又は変更や子の監護に関する処分については、法の適用に関する通則法 32 条にいう親子間の法律関係に当たり、子の本国法が父又は母の本国法と同一である場合には、子の本国法によると解される。

本件においては、C 及び当事者双方の本国法はいずれも中国法であるから、中国法が準拠法になると解される。」

【判例 12】横浜家小田原支審平成 22 (2010) 年 1 月 12 日 (家月 63 卷 1 号 140 頁)⁷⁶⁾

〔事実〕日本人女 A と米国人男 B は 1994 (H6) 年に婚姻し、2002 年に子 C が生まれた。2007 (H19) 年ごろ米国ネブラスカ州の地方裁判所は A と B の婚姻解消と C について A と B の共同親権を定める裁判をしたが、A が親権に関して上訴したところ、同州最高裁判所は C の親権者に関する原審裁判を取り消した。2008 (H20) 年に A は B を相手方として C の親権者を A と指定する審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「法の適用に関する通則法 32 条、38 条 1 項によれば、本件についての準拠法は日本法であると認められる。」

【判例 13】東京高決平成 22 (2010) 年 2 月 12 日 (家月 62 卷 7 号 99 頁)⁷⁷⁾

〔事実〕ブラジル人 C (ブラジル国籍) はブラジル人女 A を未婚の母として

76) 高橋 [2011 (H23)], 織田 [2011 (H23)], 岡野 [2012 (H24)], 国友 [2012 (H24) a], 樋爪 [2014 (H26)] 参照。

77) 早川 [2011 (H23)], 櫻田 [2013 (H25)] 参照。

1992 (H4) 年 8 月にブラジルで生まれた。A は 2009 (H21) 年に成人男性らと共謀のうへ日本国内で窃盗および強盗をした。前橋家裁太田支部は C について少年法上の保護事件の審判を開始し、C を中等少年院に送致する旨の決定をした (平成 21 (2009) 年 12 月 28 日)。2010 (H22) 年 1 月 4 日に A が抗告した。

〔判旨〕 抗告棄却。

裁判所は少年法 32 条の「保護処分決定に対しては、決定に影響を及ぼす法令の違反、重大な事実の誤認又は処分の著しい不当を理由とするときに限り、少年、その法定代理人又は付添人から、二週間以内に、抗告をすることができる。ただし、付添人は、選任者である保護者の明示した意思に反して、抗告をすることができない。」という規定により A が抗告権を有するかを検討した。裁判所は、A が同条にいう C の法定代理人であるか否かに関して、「親権の内容は親子間の法律関係に属するから、C の母である A の権限の内容については、法の適用に関する通則法 32 条により、子である C 及び母である A 共通の本国法であるブラジル連邦共和国法によることとなる。」と判示し、「〔ブラジル民法上〕父母は、16 歳未満の子について民事上の行為を代表する法定の権限 (法定代理権) を有するが、16 歳以上の子については、子が 18 歳未満の場合に限り、子が当事者となる行為を補佐し同意を与える権限を有するにとどまり、法定代理権を有しないものと解される。」と判示した。

【判例 14】東京家審平成 22 (2010) 年 7 月 15 日 (家月 63 巻 5 号 58 頁)⁷⁸⁾

〔事実〕 A 女 (コロンビア国籍とイラン国籍) と B 男 (イラン国籍) の間に 2001 (H13) 年に子 C (イラン国籍とコロンビア国籍) が日本で生まれた。A と B は 2002 (H14) 年に東京都〇〇区長に婚姻届をし、2004 (H16) 年に東京

78) 大村 [2011 (H23)], 嶋 [2011 (H23)], 黄 [2012 (H24)], 佐藤 [2012 (H24)] 参照。

都〇〇区長に、離婚後の親権者をBとして離婚届をした。2009（H21）年にAがBを相手方としてCの親権者をBからAに変更する審判を申し立てた。

〔判旨〕認容。

「法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）によれば、Aの本国法はコロンビア法、B及びCの本国法はイラン法となる（通則法38条1項本文）。イランは宗教により身分法を異にする人的不統一法国であるが、同国には、通則法40条1項にいう「規則」がないため、B及びCの本国法は当事者に最も密接な関係がある法とすべきところ、Bはイスラム教徒であること、Cは特定の宗教に入信していないが、〔……〕イランにおいてBの親族と同居していたことがあることからすれば、B及びCの本国法はいずれもイラン・イスラム法と認定するのが相当である。

そうすると、本件における準拠法は、B及びCの共通本国法であるイラン・イスラム法となるが（通則法32条）、〔……〕当事者らの生活状況、特に、Bが刑事施設において受刑中であり、現実には親権者としての義務を果たすことができない状態にあることに鑑みれば、Cの親権者をBからAに変更すべき必要性が高く、BもAが親権者となることに賛成の意向を示していると認められるにもかかわらず、イラン・イスラム法に準拠するときには、親権は常に子の父が有し、子の親権者を母に変更することはできないことになり、かかる結論は、親権者の変更は子の福祉を中心に考慮して決定すべきものとする我が国の社会通念に反する結果をきたし、ひいては公の秩序又は善良の風俗に反するものと解するのが相当である。

よって、本件においては、通則法42条により、イラン・イスラム法を適用せず、日本法（民法819条6項）を適用して、Cの親権者をBからAに変更するのが相当である。」

第3款 まとめ

親子関係の継続中に国際私法が改正された事案にかかる判例は以上のとおり

である。なお、親子関係の継続中に 2 回の国際私法改正（1990（H2）年の改正法例施行と 2007（H19）年の法適用通則法施行）を経験した事案にかかる判例は見当たらない。

以上に挙げた判例は 1 件を除き親権に関する形成裁判を親権に関する本問題として判断した。すなわち、【判例】の 1, 2, 3, 4, 5, 6（監護者指定）、7, 8, 9, 10, 11（撫養者変更）、12, 14（親権者変更）である（以上のうち、特記しないものは親権者指定申立事件である。）。唯一の例外は少年法上の保護処分決定に対する抗告に関して母が法定代理権を有したかが問われた【判例 13】であり、この判例では、裁判所は、過去の或る時点（抗告のされた時点）における母の法定代理権の存否を問うた。

第 4 節 改正法例（1990（H2）年 1 月 1 日施行）と附則 2 項

本節では、法例附則（平成 1（1989）年法律 27 号）2 項が親権に関して何を定めているかを見る。

第 1 款 法例附則 2 項の本文とただし書きの適用関係

法例附則 2 項は「この法律の施行前に生じた事項については、なお従前の例による。ただし、この法律の施行の際現に継続する法律関係については、この法律の施行後の法律関係に限り、改正後の法例の規定を適用する。」と規定する⁷⁹⁾。この規定の本文とただし書きの各々の適用対象を考える。

既に述べたように、権利に関しては 3 つの問題——権利の発生（正確には、権利の存否を左右する権利変動、すなわち、権利の発生と消滅である。）、権利

79) 民法改正の場合に経過規定が「なお従前の例による」と定める場合は、その対象を具体的に示すのが普通である。前出注 44 参照。これに対して、法例附則 2 項本文は「この法律の施行前に生じた事項」という一般的な対象について「なお従前の例による。」と定める。この違いが何に基づくのかは明らかではない。

の存続、権利の内容——を分けることができ、そのうち、権利の発生と権利の内容に関しては準拠法を決めることができるのに対して、権利の存続（或る時点において権利が存在するか否か）に関しては準拠法を決めることはできない（前出第1章第2節第2款参照）。ところで、附則2項本文は、その適用対象を限定していないから、私法上の法律関係のうちで準拠法を定めることのできる事項のすべて——権利の発生と権利の内容——に関して新旧国際私法の適用関係を定めている規定である。結局、附則2項本文の規定の本質は——改正法例施行の前後に併存するふたつの国際私法に関して——《権利変動はその原因事実発生時の国際私法による。》というルールである。

同項ただし書きは「この法律の施行の際現に継続する法律関係については、この法律の施行後の法律関係に限り、改正後の法例の規定を適用する。」と規定する。この規定は、改正法例施行前に法律関係が発生して、その法律関係が改正法例施行時に存在する場合は、改正法例施行後（の或る時点）におけるその法律関係の内容に関しては改正法例を適用する、という意味である。すなわち、同項ただし書きにいう最初の「法律関係」という言葉は法律関係の存否に関するのに対して、同項ただし書きにいう2番目の「法律関係」という言葉は法律関係の内容に関する（このように、ひとつの規定で使われているふたつの「法律関係」の意味が相互に異なるので、同項ただし書きの規定は少々わかりにくい。）。結局、同項ただし書きの規定の本質は——改正法例施行の前後に併存するふたつの国際私法に関して——《継続的法律関係の或る時点における内容はその時点の国際私法による。》というルールである。

このように、法例附則2項ただし書きの規定の適用対象は継続的法律関係の内容の変更——権利内容の変更——であるのに対して、同項本文の規定の適用対象は権利変動一般——権利の発生・消滅と権利内容の変更——であるから、同項の本文とただし書きは一般法と特別法の関係に立つ。ところで、親権変動は継続的法律関係の内容の変更であるから、親権変動の準拠法に関して国際私法が改正された場合は、一般法たる附則2項本文ではなく、特別法たる附

則 2 項ただし書きが適用される。

附則 2 項本文とただし書きの関係について、その文言を手掛かりに解釈すれば以上のとおりである。しかし、法解釈に際しては成文規定の文言を手掛かりにして検討することは必要ではあるが、それだけで十分ではない。すなわち、解釈の実質的根拠を説明する必要がある。ことに、以上の検討によれば、附則 2 項本文は改正法例施行前の事柄に関して改正前の法例の適用を命じ、同項ただし書きは改正法例施行後の事柄に関して改正法例の適用を命じているのであるが、そうすると、同項の本文とただし書きは同じことを定めている——同項ただし書きは同項本文の適用結果を覆していない——ように読める。そこで、附則 2 項ただし書きはなぜ設けられたのか、その存在意義は何か、という問題が生ずる。そこで、次にこれを検討する。

第 2 款 法例附則 2 項の本文とただし書きの実質的根拠

第 1 目 法例附則 2 項本文と親権変動

既に述べたように、附則 2 項本文は権利変動一般（権利の発生・消滅と権利内容の変更）に関して新旧国際私法の適用関係を定める規定である。そこで、親権変動に同項本文を適用するとどのような帰結になるかを見る。

附則 2 項本文にいう「事項」とは、親権に関してはふたつの解釈があり得る。すなわち、「事項」とは事実（父母の協議など）⁸⁰⁾を意味する、という解釈と、「事項」とは親権の発生原因たる親子関係⁸¹⁾を意味する、という解釈である。

前者の解釈によれば、改正法例施行後の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として問う場合において、改正法例施行前に発生した事実に基づく親権変動を前提問題として判断するときは、その前提問題に関しては、「事項」の発生時の国際私法として、改正前法例を適用する。このこと

80) 正確には、「事実に基づいて生ずる親権変動の問題」である。前出注 44 参照。

81) 正確には、「親子関係を原因とする親権変動の問題」である。前出注 44 参照。

が多くの困難をもたらすことは既に述べた⁸²⁾。

後者の解釈によれば、改正法例施行後の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として問う場合には、その前提問題たる親権変動——改正法例施行の前後いずれに発生した事実に基づく親権変動であるかを問わず——には、「事項」の発生時の国際私法として、改正法例を適用する。

附則 2 項本文の解釈としては上記のふたつの解釈のどちらを採用することもできる。しかし、まさにその故に、親権変動に関しては解釈上の疑義が生ずる。すなわち、附則 2 項本文の「事項」とは、権利（法律関係）の発生に関しては、事実を意味する（例えば、婚姻成立に関しては届出であり⁸³⁾、協議離婚に関しても届出である⁸⁴⁾）から、2 項本文にいう「事項」とは親権変動に関しても——法により成立した親子関係を意味するのではなく——事実（父母の協議、親権辞任など）を意味する、という解釈が行われる可能性がある。

第 2 目 法例附則 2 項ただし書きと親権変動

次に、附則 2 項ただし書きを親権に適用した場合、どのような帰結になるかを見る。

附則 2 項ただし書きの「この法律の施行の際現に継続する法律関係については、この法律の施行後の法律関係に限り、改正後の法例の規定を適用する。」という規定は、《この法律の施行の際現に継続する法律関係については、この法律の施行後の時点における法律関係に限り、改正後の法例の規定を適用する。》という意味に理解することができる。ここで、或る時点における法律関

82) 父母の協議離婚後に親子関係準拠法が変更し（国際私法改正による準拠法変更ではなく、当事者の国籍の変更による準拠法変更）、その後に親権者変更を申し立てた事案にかかると東京家審昭和 38（1963）年 1 月 31 日（根本〔2020（R2）b〕138 頁）参照。

83) 南〔1992（H4）〕213-214 頁。

84) 南〔1992（H4）〕216 頁。

係とは、その時点におけるその法律関係の内容であり、例えば、親権である（前出第 1 款参照）。

では、この規定を既発生親権存続説と親権常時発生説の各々に立って解釈するとどうなるか。

まず、親権常時発生説に立てば親子関係継続中は絶えず親権変動が生じているので、或る時点（ t ）における法律関係とは、親子関係成立時から t の時点までのどの時点においても発生している親権変動を指す。そこで、親権常時発生説に立って法例附則 2 項ただし書きを読むと、改正法例施行後の或る時点における親権状態・改正法例施行後の或る時点に発生した事実に基づく親権変動を親権に関する本問題として判断する場合は、本問題たる親権変動だけでなく、前提問題たる親権変動——親子関係成立時からその時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動——に関しても改正法例を適用すべきであるという趣旨を読み取ることができる。

これに対して、既発生親権存続説に立って法例附則 2 項ただし書きを見ると、同項ただし書きは極めて難解ないしはあいまいな規定である。なぜなら、法例附則 2 項ただし書きは、或る時点における親権状態と或る時点に発生した事実に基づく親権変動を区別していないからである。従って、附則 2 項ただし書きは、親権変動に関しては、親権常時発生説に立った解釈をすべきである。

ところで、既に述べたように、附則 2 項本文を親権変動に適用する場合は、同項本文の「事項」が事実を意味するのか、それとも、親子関係を意味するのかという解釈上の疑義を招く（前出第 1 目参照）。この点から見ると、附則 2 項ただし書きの規定は、親権変動はその原因事実（父母の協議など）発生時の国際私法による、といった解釈を排除するために置かれた規定であろう。

第 3 目 結論

最後に、本章の結論を次に述べる。

第 1 に、附則 2 項の本文は権利の発生・消滅と権利内容の変更を対象とし、

同項ただし書きは権利内容の変更を対象とするから、前者と後者は一般法と特別法の関係に立つ。それゆえ、親権変動に関しては附則 2 項ただし書きを適用すべきである。

第 2 に、附則 2 項ただし書きの解釈として、改正法例施行後の或る時点における親権状態・改正法例施行後の或る時点に発生した事実に基づく親権変動を親権に関する本問題として判断する場合は、本問題たる親権変動だけでなく、前提問題たる親権変動——親子関係成立時からその時点までに発生した事実に基づくすべての親権変動——に関して改正法例を適用すべきである。その場合には、改正法例は、本問題たる親権変動に関しても前提問題たる親権変動に関しても、原因事実完成時の国際私法としての資格で適用される^{85), 86)}。

第 3 に、同項の本文もただし書きも、原因事実完成時の国際私法の適用を定

85) 本章第 3 節第 1 款に挙げた 10 件の判例（改正法例施行前に親子関係が成立し、改正法例施行後、法適用通則法施行までに親権者指定審判等をした事件）は、いずれも親権に関する形成裁判が求められた事案にかかる判例であるから、裁判所は、親子関係成立時から裁判時までに発生した事実（申し立てられた形成裁判を含む）に基づく親権変動を、原因事実完成時の国際私法としての改正法例により判断すべきである（条文上の根拠は法例附則 2 項ただし書きである。）。

86) 【判例 5】福岡家小倉支審平成 4（1992）年 5 月 14 日（親権者指定申立事件）においては、子が生まれた後に父母が離婚してその後改正法例が施行され、改正法例施行後の時点における親権者指定裁判（裁判により親権者指定をなし得るか、などの問題）が親権に関する本問題として問われた事案であるから、その前提問題——父母の離婚による親権変動——には親権者指定裁判時の国際私法（改正法例）を適用すべきこととなる。判旨は、「日本民法 819 条 1 項により協議離婚の際は協議によって父母の一方を親権者と定めなければならないようになっているが、その定めがなされていない状態」がどの時点に発生したかを述べないが、その状態は、改正法例による準拠法たる日本法により、父母の離婚時に発生したこととなる。これにつき、道垣内〔1994（H6）〕157 頁は、「新法例下での準拠法に照らして過去の法律関係を評価して、親権者を指定すべきなのに指定されていない「状態」にあると判断したのであれば〔……〕、賛成し難い。」という。

これに対して、子が生まれて、父母の離婚後、改正法例施行前に親が子のために代理行為をして、改正法例施行後の裁判で代理行為時の親権者が誰だったかを親権に関する本問題として判断する場合は、離婚による親権変動には代理行為時の国際私法である改

める点で本質的に同じである⁸⁷⁾。

なお、以上に述べたのは、改正法例施行（平成 2（1990）年 1 月 1 日）以後、法適用通則法施行（平成 19（2007）年 1 月 1 日）の前までの状況である。現在は、法適用通則法が施行されているため、現時点における法適用関係は以上に述べたところと少し異なる。そこで、以下でこの点を検討する。

第 5 節 法適用通則法（2007（H19）年 1 月 1 日施行）と附則 2 条

本節では、法適用通則法附則（平成 18（2006）年法律 78 号）2 条について簡単に述べる。

法適用通則法附則 2 条は「改正後の法の適用に関する通則法（以下「新法」という。）の規定は、次条の規定による場合を除き、この法律の施行の日（以下「施行日」という。）前に生じた事項にも適用する。」と規定するので、親子関係に関しては附則 2 条による。

法適用通則法附則 2 条にいう「事項」とは、これまでに述べたところから、

正前法例を適用すべきであるから、離婚による親権変動には北朝鮮法を適用すべきこととなる。

要するに、「離婚の際に適用された準拠法によれば、夫婦のいずれか一方を親権者として指定しなかったことは、たとえ法例改正によりその問題についての準拠法が変わっても、遡って親権者指定の問題が生ずることはないというべきである。」（道垣内〔1994（H6）〕157 頁）、あるいは、「法例改正により、ある問題について指定される準拠法が変わった場合、以前の準拠法による法律関係について新しい準拠法に基づいて評価直すことは附則二項に違背することになるというべきである。」（道垣内〔1994（H6）〕157 頁）というのは、改正法例施行前に発生した事実に基づく親権変動を改正法例施行後に親権に関する本問題として判断する場合に限り妥当する。

87) 道垣内〔1994（H6）〕157 頁は「附則二項の趣旨は、既存の法律関係を覆すことなく、新法例を施行することにあるといえよう。」という。三浦〔1995（H7）〕155 頁は「附則二項の立場はすでに生じた法律関係には変更を加えないで新規定を施行するという趣旨であらう。」という。

事実（父母の協議など）ではなく親子関係⁸⁸⁾の意味に解すべきである。従って、法適用通則法が施行されている現在、裁判所等が従うべき法適用関係は以下のとおりになる。

(1) 法適用通則法施行後の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として問う場合⁸⁹⁾は、本問題たる親権変動に関しても前提問題たる親権変動に関しても——前提問題たる親権変動が法適用通則法施行前に発生した事実であっても、あるいは、改正法例施行前に発生した事実であっても——法適用通則法を適用すべきである。この場合は、本問題についても前提問題についても原因事実完成時の国際私法は法適用通則法であるから、法適用通則法施行前に発生した事実に基づく親権変動を前提問題として判断するときはその前提問題は法適用通則法附則2条にいう「この法律の施行の日〔……〕前に生じた事項」には該当しない。

(2) 改正法例施行後で法適用通則法施行前の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として問う場合は、本問題たる親権変動に関しても前提問題たる親権変動に関しても——前提問題たる親権変動が改正法例施行前に発生した事実に基づくものであっても——改正法例ではなく法適用通則法を適用すべきである。この場合は、本問題に関しても前提問題に関しても原因事実完成時の国際私法は改正法例であるが、法適用通則法附則2条により法適用通則法が適用される⁹⁰⁾。

88) 正確には、「親子関係を原因とする親権変動の問題」である。前出注44参照。

89) 本章第3節第2款に挙げた【判例】の11から14までの判例は、改正法例施行後、法適用通則法施行までに親子関係が成立した事案にかかる判例であり、そのうち、11、12および14は法適用通則法施行後に親権に関する形成裁判をした判例であり、13は法適用通則法施行後の時点（2010（H22）年1月）に母が親権者だったか否かを判断した判例であり、いずれもこのカテゴリーに属する。

90) 櫻田・道垣内〔2011（H23）〕376頁（竹下啓介）は「平成2年1月1日より前から継続する法律関係についても、同日以降の法律関係に限り、通則法附則3条に規定される例外的場合を除き、通則法が適用されることとなる。」という。

（3）改正法例施行前の或る時点における親権状態・親権変動を親権に関する本問題として問う場合は、本問題たる親権変動に関しても前提問題たる親権変動に関しても——法適用通則法附則 2 条にかかわらず——原因事実完成時の国際私法として改正前法例を適用すべきである。これは法例附則（平成 1（1989）年法律 27 号）2 項ただし書きの「この法律の施行の際現に継続する法律関係」に該当するが、《この法律の施行前の法律関係》であるからである⁹¹⁾。

おわりに

法適用通則法 32 条は親子関係準拠法の基準時を明示しない。本稿は、《親権は親子関係から常に発生する。発生した親権は存続しない。》という思考に立って、親権変動に関してはどの時点がどんな根拠に基づいて国際私法上の準拠法の基準時になるかを（併せて、時際法上の問題と時際国際私法上の問題も）検討し、その結果、親権変動の国際私法上の準拠法の基準時は原因事実完成時である、という結論を得た。この結論は、国際私法の体系が権利変動の原因・要件・法律要件を結節点として構築されている⁹²⁾ことを示唆するように思われる。

親権に関してであれ他の法律関係に関してであれ、どの時点がどんな根拠に基づいて国際私法上の準拠法の基準時になるのかを説明することを国際私法学は避けて通ることはできない。本稿はそのような研究の試みである。

91) 改正法例施行前に発生した「事項」に関しては、法適用通則法附則 2 条にかかわらず、法例附則 2 項によるべきことについては、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕376 頁（竹下啓介）参照。

92) 離婚（協議離婚、裁判離婚）に関しても国際私法上の準拠法の基準時は——法適用通則法 27 条は準拠法の基準時を明示しないにもかかわらず——法律要件発生時としての資格で、協議離婚に関しては協議離婚時であり、裁判離婚に関しては裁判時である。根本〔2019（R1）〕参照。

【参考文献】

- 煥場準一「涉外判例研究：那覇家審平成 3（1991）年 4 月 1 日」ジュリスト 1060 号 126 頁〔1995（H7）〕
- 伊藤弘子「判批：東京地判平成 2（1990）年 12 月 7 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（初版）』18 頁〔2004（H16）〕
- 伊藤弘子「判批：東京地判平成 2（1990）年 12 月 7 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（新法対応補正版）』18 頁〔2007（H19）〕
- 井上泰人「判批：前橋家審平成 21（2009）年 5 月 13 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（第 2 版）』148 頁〔2012（H24）〕
- 植松真生「涉外判例研究：水戸家審平成 3（1991）年 3 月 4 日」ジュリスト 1085 号 110 頁〔1996（H8）〕
- 梅謙次郎『民法要義：卷之四親族編』〔1899（M32）年 4 月 13 日発行，発行所：（司法省指定）和仏法律学校，（書肆）明法堂〕
- 江川英文『国際私法』〔1950（S25），有斐閣〕
- 江川英文『国際私法（改訂，増補）』〔1970（S45），有斐閣〕
- 大村芳昭「判批：東京家審平成 22（2010）年 7 月 15 日」民商法雑誌 144 巻 4・5 号 557 頁〔2011（H23）〕
- 岡野祐子「判批：横浜家小田原支審平成 22（2010）年 1 月 12 日」民商法雑誌 146 巻 3 号 348 頁〔2012（H24）〕
- 岡本善八「判批：東京地判平成 2（1990）年 12 月 7 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選（第 3 版）』16 頁〔1995（H7）〕
- 奥田安弘「判批：神戸家伊丹支審平成 5（1993）年 5 月 10 日」私法判例リマークス 1995（H7）（下）162 頁〔1995（H7）年 7 月〕a
- 奥田安弘「判批：水戸家審平成 3（1991）年 3 月 4 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選（第 3 版）』24 頁〔1995（H7）年 5 月〕b
- 奥田安弘「判批：神戸地判平成 9（1997）年 1 月 29 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（初版）』104 頁〔2004（H16）〕
- 奥田安弘「判批：神戸地判平成 9（1997）年 1 月 29 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（新法対応補正版）』106 頁〔2007（H19）〕
- 奥田安弘「判批：神戸地判平成 9（1997）年 1 月 29 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（第 2 版）』118 頁〔2012（H24）〕
- 織田有基子「涉外判例研究：新潟地判昭和 63（1988）年 5 月 20 日」ジュリスト 964 号 134 頁〔1990（H2）〕
- 織田有基子「涉外判例研究：神戸地判平成 9（1997）年 1 月 29 日」ジュリスト 1161 号 207 頁〔1999（H11）〕

織田有基子「判批：横浜家小田原支審平成 22 (2010) 年 1 月 12 日」季刊教育法 170 号 102 頁〔2011 (H23)〕

織田有基子「判批：東京地判平成 2 (1990) 年 12 月 7 日」櫻田嘉章・道垣内正人編「国際私法判例百選 (第 2 版)」18 頁〔2012 (H24)〕

於保不二雄・中川淳編集『新版注釈民法 (25) 親族 (5) (改訂版)』〔2004 (H16), 有斐閣〕

笠原俊宏「判批：神戸地判平成 6 (1994) 年 2 月 22 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (初版)』112 頁〔2004 (H16)〕

笠原俊宏「判批：神戸地判平成 6 (1994) 年 2 月 22 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選 (新法対応補正版)』114 頁〔2007 (H19)〕

神前禎「判批：東京地判平成 2 (1990) 年 11 月 28 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』36 頁〔1995 (H7) 年 5 月〕a

神前禎「判批：神戸家伊丹支審平成 5 (1993) 年 5 月 10 日」ジュリスト 1068 号 (平成 6 (1994) 年度重要判例解説) 267 頁〔1995 (H7) 年 6 月〕b

国友明彦「涉外判例研究：神戸地判平成 6 (1994) 年 2 月 22 日」ジュリスト 1093 号 136 頁〔1996 (H8)〕

国友明彦「判批：横浜家小田原支審平成 22 (2010) 年 1 月 12 日」私法判例リマークス 2012 (H24) (上) 146 頁〔2012 (H24) 年 2 月〕a

国友明彦「判批：水戸家審平成 3 (1991) 年 3 月 4 日」櫻田嘉章・道垣内正人編「国際私法判例百選 (第 2 版)」10 頁〔2012 (H24) 年 6 月〕b

久保岩太郎「国際親子法上における法律変更」法学新報 58 巻 4 号 1 頁〔1951 (S26)〕

久保岩太郎「親子」国際法学会編『国際私法講座第 2 巻』588 頁〔1955 (S30), 有斐閣〕

黄勳霆「判批：前橋家審平成 21 (2009) 年 5 月 13 日」民商法雑誌 142 巻 4・5 号 509 頁〔2010 (H22)〕

黄勳霆「判批：東京家審平成 22 (2010) 年 7 月 15 日」戸籍時報 691 号 44 頁〔2012 (H24)〕

河野俊行「判批：東京地判平成 2 (1990) 年 12 月 7 日」私法判例リマークス 1993 (H5) (下) 165 頁〔1993 (H5)〕

小山昇「判批：水戸家審平成 3 (1991) 年 3 月 4 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』128 頁〔1995 (H7)〕

櫻田嘉章「涉外判例研究：東京地判平成 2 (1990) 年 11 月 28 日」ジュリスト 993 号 210 頁〔1992)〕

櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 (第 2 巻)』〔2011 (H23), 有斐閣〕

櫻田嘉章「判批：東京高決平成 22 (2010) 年 2 月 12 日」戸籍時報 697 号 8 頁〔2013 (H25)〕

佐藤文彦「判批：金沢家小松支審平成 8 (1996) 年 3 月 11 日」民商法雑誌 116 巻 1 号 154 頁〔1997 (H9)〕

佐藤やよひ・道垣内正人編『涉外戸籍法リステイトメント』〔2007 (H19), 日本加除出版〕

- 佐藤やよひ「判批：前橋家審平成 21（2009）年 5 月 13 日」私法判例リマークス 2011（H23）（上）138 頁〔2011（H23）〕
- 佐藤やよひ「判批：東京家審平成 22（2010）年 7 月 15 日」ジュリスト 1440 号（平成 23（2011）年度重要判例解説）311 頁〔2012（H24）〕
- 實方正雄「国際親子法」穂積重遠・中川善之助責任編輯『家族制度全集，第 2 部法律篇，第 3 巻親子』245 頁〔1937（S12），河出書房〕
- 實方正雄『国際私法概論（改訂版）』〔1950（S25），有斐閣〕
- 佐野寛「判批：横浜地判平成 3（1991）年 10 月 31 日」判例評論 410 号（判時 1445 号）212 頁〔1993（H5）〕
- 佐野寛「判批：横浜地判平成 3（1991）年 10 月 31 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選（第 3 版）』14 頁〔1995（H7）〕
- 澤木敬郎・南敏文編著『新しい国際私法——改正法例と基本通達——』〔1990（H2），日本加除出版〕
- 嶋拓哉「涉外判例研究：東京家審平成 22（2010）年 7 月 15 日」ジュリスト 1434 号 152 頁〔2011（H23）〕
- 新堂幸司『新民事訴訟法（第 6 版）』〔2019（R1），弘文堂〕
- 高橋宏司「判批：横浜家小田原支審平成 22（2010）年 1 月 12 日」戸籍時報 674 号 48 頁〔2011（H23）〕
- 多喜寛「判批：那覇家審平成 3（1991）年 4 月 1 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選（第 3 版）』8 頁〔1995（H7）〕
- 多喜寛「判批：東京地判平成 2（1990）年 11 月 28 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（初版）』132 頁〔2004（H16）〕
- 多喜寛「判批：東京地判平成 2（1990）年 11 月 28 日」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選（新法対応補正版）』136 頁〔2007（H19）〕
- 谷口知平「判批：最（3）判昭和 27（1952）年 5 月 27 日」民商法雑誌 36 巻 6 号 919 頁〔1958（S33）〕
- 道垣内正人「判批：福岡家小倉支審平成 4（1992）年 5 月 14 日」私法判例リマークス 1994 年（下）154 頁〔1994（H6）〕
- 飛澤知行『一問一答：平成 23 年民法改正——児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』〔2011（H23），商事法務〕
- 鳥居淳子「判批：横浜地判平成 3（1991）年 10 月 31 日」ジュリスト 1024 号（平成 4（1992）年度重要判例解説）284 頁〔1993（H5）〕
- 中川善之助責任編集『注釈相続法（下）（注釈民法全書 4）』〔1955（S30），有斐閣〕
- 中川善之助・加藤永一編集『新版注釈民法（28）相続（3）補訂版』〔2002（H14），有斐閣〕
- 長田真理「判批：前橋家審平成 21（2009）年 5 月 13 日」戸籍時報 678 号 20 頁〔2012（H24）〕

中西康「判批：東京地判平成 2 (1990) 年 11 月 28 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』4 頁 [1995 (H7)]

根本洋一「国際私法上の離婚の準拠法の基準時——変更主義・不変更主義の意味と根拠——」横浜法学 28 巻 2 号 1 頁 [2019 (R1)]

根本洋一「国際私法上の親子関係の準拠法の基準時——継続的法律関係の準拠法の基準時——」横浜法学 29 巻 1 号 1 頁 [2020 (R2) 年 9 月] a

根本洋一「離婚による親権変動の効力と準拠法変更——親権変動の準拠法の基準時——」横浜法学 29 巻 2 号 133 頁 [2020 (R2) 年 12 月] b

早川吉尚「判批：東京高決平成 22 (2010) 年 2 月 12 日」ジュリスト 1420 号 (平成 22 (2010) 年度重要判例解説) 356 頁 [2011 (H23)]

早田芳郎「判批：横浜地判平成 3 (1991) 年 10 月 31 日」私法判例リマークス 1993 (H5) (下) 160 頁 [1993 (H5)]

樋爪誠「涉外判例研究：横浜家小田原支審平成 22 (2010) 年 1 月 12 日」ジュリスト 1473 号 115 頁 [2014 (H26)]

福井淳『改正民法問答詳解』[1898 (M31) 年 8 月 10 日, 田中宋栄堂] (国立国会図書館デジタルコレクション)

法典調査会「民法施行法議事要録」法務大臣官房司法法制調査部監修, 日本近代立法資料叢書 14 [1988 (S63), 商事法務研究会]

法典調査会「民法施行法整理会議事速記録」法務大臣官房司法法制調査部監修, 日本近代立法資料叢書 14 [1988 (S63), 商事法務研究会]

松岡博「判批：横浜地判平成 3 (1991) 年 10 月 31 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』134 頁 [1995 (H7)]

三浦正人「判批：福岡家小倉支審平成 4 (1992) 年 5 月 14 日」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』154 頁 [1995 (H7)]

南敏文『改正法例の解説』[1992 (H4), 法曹会]

南敏文「判批：水戸家審平成 3 (1991) 年 3 月 4 日」櫻田嘉章・道垣内正人編「国際私法判例百選 (初版)」10 頁 [2004 (H16)]

南敏文「判批：水戸家審平成 3 (1991) 年 3 月 4 日」櫻田嘉章・道垣内正人編「国際私法判例百選 (新法対応補正版)」10 頁 [2007 (H19)]

宮田四八『民法施行法講義』[1901 (M34), 大日本新法典講習会蔵版] (国立国会図書館デジタルコレクション, 同コレクションの提供する同書の PDF 資料には奥付はないので, 同書の出版年は同コレクションの提供する書誌情報による.)

山内惟介「判批：新潟地判昭和 63 (1988) 年 5 月 20 日」ジュリスト 957 号 (平成 1 (1989) 年重要判例解説) 274 頁 [1990 (H2)]

山田鐸一『国際私法 (第 3 版)』[2004 (H16), 有斐閣]

- 横溝大「涉外判例研究：神戸家伊丹支審平成5（1993）年5月10日」ジュリスト1098号144頁〔1996（H8）〕
- 横山潤「判批：東京地判平成2（1990）年11月28日」ジュリスト1002号（平成3（1991）年度重要判例解説）263頁〔1992（H4）年6月〕a
- 横山潤「判批：那覇家審平成3（1991）年4月1日」私法判例リマークス1992（H4）（下）162頁〔1992（H4）年7月〕b
- 横山潤「涉外判例研究：横浜地判平成3（1991）年10月31日」ジュリスト1022号188頁〔1993（H5）〕
- 我妻栄・立石芳枝『親族法・相続法（法律学体系コンメンタール篇4）』〔1952（S27）, 日本評論新社〕
- 我妻栄・川井健「判批：最（3）判昭和27（1952）年5月27日」法学協会雑誌73巻2号189頁〔1956（S31）〕
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11 (Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-237)), 3. Aufl. [1999 (H11)]
- Soergel, Hans Theodor; Kegel, Gerhard: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl. Band 8 (Einführungsgesetz) [1984 (S59)]
- Soergel, Hans Theodor; Kegel, Gerhard: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl. Band 10 (Einführungsgesetz) [1996 (H8)]
- Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Art 219-232 EGBGB), Neubearb. 2016 [2016 (H28)]